



Ad Usum
P. Ioan. Felici Springer Ad. Em. S. Aug. ni

2^o Diff. 166.

40X

1.
JVRISPRVDENTIA
QUINTUPLEX

S E U

QUÆSTIONES
SELECTÆ

E X J U R E

Canonico, Publico, Civili, Criminali, Feudali.

Q U A S

Aspirante Deo ter Optimo Maximo,

Sub Clementissimis Auspiciis

CELSISSIMI AC REVERENDISSIMI

S.R.I. PRINCIPIS

DOMINI, DOMINI

IOANNIS
PHILIPPI,

Episcopi Herbipolensis, ac Franciæ Orientalis

DUCIS &c. &c.

*In Almâ Archi-Episcopali Benedictinâ Universitate
Salisburgensi,*

P R Æ S I D E

JOSEPHO BONAVENTURA FRANZ,

Jurium Doctore, Celsissimi ac Reverendissimi Principis & Archi-Episcopi
Salisburgensis &c. &c. Consiliario, Pandectarum Professore
Ordinario,

Post superatum ex utroque Jure rigorosum tentamen & examen,

PUBLICÆ DISPUTATIONI EXPOSUIT

NOBILIS ET DOCTISSIMUS DOMINUS

JOANNES NICOLAUS BADON,

Herbipolensis Franco, A.A.LL. & Philosophiæ Magister. Jurisutriusque Candidatus.

Die 12. Mensis Augusti Anno M. DCC. IX. horis antè- & post-meridianis.

SALISBURGI, Typis JOANNIS JOSEPHI MAYR, Typographi Aulico-Academici.

IVRISPRVDENTIA
QVINTIPLEX

QVINTIPLEX
S E L E C T A

Canonico, Rubrico, Civilis Criminalis, Etudat.

Aptitudine Deo et Optimo Maximo.

CELESTIALI AC TERRESTRIVM

S:R:1. P:R:1. N:O:1. P:1.2

D O M I N I P O M I N I

I O A N N I S

P H I L I P P I

Episcopi et Principes, ac Prælati, et
D O C T O R E S

IOHANNES ROMANVS

IOHANNES ROMANVS

IOHANNES ROMANVS

IOHANNES ROMANVS

IOHANNES ROMANVS

C E L S I S S I M O

AC

R E V E R E N D I S S I M O

S. R. I.

P R I N C I P I

AC

D O M I N O D O M I N O

I O A N N I

P H I L I P P O ,

E P I S C O P O

H E R B I P O L E N S I ,

AC

F R A N C I Æ O R I E N T A L I S

D U C I , &c. &c.

D O M I N O D O M I N O S U O

C L E M E N T I S S I M O .

CELESTISIMO

NC

REVERENDISSIMO

S. R. I.

PRINCIPALI

NC

DOMINO DOMINO

IOANNI

PHILIPPO

EPISCOPO

HERIPOLITENSIS

NC

FRANCISCE ORIENTALIS

DUCI

DOMINO DOMINO

CELESTISSIMO



CELSISSIME
^{AC}
REVERENDISSIME
PRINCEPS,
DOMINE DOMINE
CLEMENTISSIME.

A Montibus ad montes, Salisburgo Herbi-
polim peregrinus & indigena propero,
méque Tibi sisto Celsissime & Reveren-
dissime Princeps: ut ad Dominum Suum
Clementissimum & Patriæ Patrem re-
deat subditorum infimus. Quasi temerarius fortè vi-
debitur, quando ad Celsitudinis Tuæ pedes venera-
bundus prosternitur, omnem criminis umbram ex-
esse jubebit Nominis Tui splendor, & gratiosissimus

in literas favor, à quo & lucem & animos hausit scientia mea. Arduis hæc cum delectetur, ad ardua quoque & tuta contendit, ut extra ictum se constituat, & tutam reddat sub gloriosissimis victricium Gryphorum auspiciis. Profana prorsus non est, ut sacras manus Tuas vereri debeat; sed vel ideo sacro-profana scientia Ensem pedumque studiosius exambit; ut sicut **ENSE ET STOLA SOLA JUDICAT HERBIPOLIS**, ita utroque defensa securior, lucem subiret scientia. Selectis ex hac scientiâ thesibus eum quoque Patronum & Gratosissimum Meconatem feligere oportuit, in quo, cum selecta sint omnia, commune nihil est, quàm gratiosissimus in omnes favor. Quo & ego fretus, hos qualescunque scientiæ meæ fructus gratiosissimis manibus Tuis humillimè consecrare præsumpsi. Patere igitur Celsissime & Reverendissime Princeps, ut vel in filio superstes, devinctissimûsque se sistat Pater, quem ut plurimis cumulare gratiis clementissimè dignatus es, sic perennem in filio gratiarum memoriam conservasti: Ita porrò si gratiosissimè annuas, vivet in filio pater; Ita, ubi, quod unicè exopto, quam diutissimè felicissimèque vixeris, Tuis immorietur obsequiis

Reverendissimæ Celsitudinis Tuæ

Subditorum infimus

JOANNES NICOLAUS BADON.



APPROBATIO SACRÆ FACULTATIS THEOLOGICÆ.

NON sic Architecto *quinque pedes unum*, sibi quæ semper constantem *passum* faciunt, quàm præsens *Jurisprudentia quintuplex* complanatam ad solidas omnis Juris decisiones viam sternat, monstrètque quàm clarissimè, digna, quæ, uti ad orthodoxæ fidei amussim est confecta, ita cùm Clarissimi Authoris deprædicatam jam famam, tum Nobilis D. Defendentis honorem hoc deinceps evehat altiùs, quo magis non in Arithmetica duntaxat, verùm etiam in Jurisprudentia *quinta* hæc unitas *quarta* eminet minimè superflua.

Ita censeo

P. AUGUSTINUS MAGG,
Ex Imperiali Monasterio Weingartensi, SS. Th. Doctor, Celsissimi, ac Reverendissimi S. R. I. Principis, & Archiepiscopi Salisburg. Consiliarius Ecclesiasticus, in Moralibus Professor, Congreg. Majoris Præses, p. t. Facultatis Theol. Decanus.



APPROBATIO INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ.

Jurisprudentiam hanc *quintuplicem*, in quæstiones verè selectas ex quintuplici Jure divisam, pro munere meo legi; eamque ab Authore, cui se debet, excellentem; à Materia, quam exhibet, subtilem; à Forma, quâ enitescit, magnificam; à Fine, cujus gratiâ lucem publicam appetit, utilissimam inveni. Eapropter non tam foro Academico, opus adeò insigne, ceu tractatum nobilissimorum tractatum, judico committendum, quàm, ut fructum quintuplicem imò centuplicem Orbi erudito quàm citissimè pariat, cum multa Nobilis D. Defendentis laude, exopto.

Salisburgi 30. Junij 1709.

P. FRANCISCUS SCHMIER,
Ord. S. B. ex Libero & Imperiali Monasterio Ottoburano, U. J. D. Celsissimi & Reverendissimi S: R. I. Principis & Archi-Episcopi Salisburgensis Consiliarius Ecclesiasticus, SS. Canonum Professor Ordinarius, ac Juridicæ Facultatis p. t. Decanus.

ELEN-



Ad Nobilem Dominum
DEFENDENTEM.
O D E.

Majorum titulos, præmia, laureas,
Et tinctas alio sanguine semitas
In laudis spoliū ducere filii
Quin & degeneres solent;
At si quis propriis laudibus emicet,
Vires ingenii strenuus exerat,
Et pondus patriis addat honoribus,
Laudem præ reliquis feret.
Qui novit pretium ponere tempori,
Qui plus ingenio, quàm genio favet,
Virtutem solidi pectoris hospitam
Qui Juri comitem dedit.

Æquā qui trutinat lance scientias,
Qui vastum didicit volvere jurium
Corpus, Justitiæ, vel Canonum sacras
Qui evolvebat origines:
Hic supra populi judicium sapit
Hæres ipse sui: cætera negligit,
Et solis animi deliciis frui,
Lucrum judicat optimum.
Hic veram effigiem conspicio tui,
Novisti pretium ponere tempori,
Hinc ter justa tuo promeritum Themis
Imponet capiti decus.

Ita honoris, favoris, amoris ergò applaudit

OTTO PHILIPPUS FRANCISCUS JO-
SEPHUS S.R.I. Comes de & in Freyen-
Seybolstorff &c. S.Cæsar. Majest. Satrapa
Dynastiæ Riedt in Bavaria, Philosophiæ
Auditor.



O D E
Ad Dominum Defendentem.

FRANCORUM GLORIA.

Indocta sacras Antiquitas fremat,
JUSTINIANI Cæsaris inclyti
Silere Leges inter arma
Teutonicis inimica terris.
Indocta plebs est, nescia legibus
Sit quanta virtus: segnis obambulat

Bellona terras, nec triumphat,
Ni Themidi sociata vincat.
Sagaciori percita spiritu
Gens est, Eous sol ubi Francicas
Perlustrat oras, hæc Gradivo
Associat benedocta Leges.

Divina

Divina pulchro hic fœdere copulat
 Utrumque *Pallas*, quippe eadem viros
 Sagata Victores coronat
 Laurigeris speciosa fertis,
 Quæ doctiori præmia Pugili
Togata donat laudis adores
 Nectens, & æquâ lance pensat
 Promeritos geminans honores;
 Astræa celso hic sydere labitur,
 Bellona dulci vincitur osculo,
 Hic pulchra amico scena nexu
 Justitiæ viget, atque Martis.
 Hæc nempe sit Respublica *Legibus*
Armata sacris, Patria floreat
 Armis decora: sic beatam
 Franconidum decet esse Gentem.
 Iconcitato fervidus impetu!
 I magna nostrum gloria *Franconum*,
 Aurata nectas vincla Juri,
 Perpetuoque adamante jungas
 Leges in armis: Francicus audiat
 Eous Orbis, per studium tuum,
 Infensa per Te tela Juri
 Conjugio stabili ligari,
 Licet cruentis prælia Mars piter
 Intentet armis, & furor improbus

Suceensus *Æthæo Camino*
 Ignivomas miniterur hastas.
 Sic gloriosis itur honoribus;
 Non indecoro pulvere sordidum
 Licentiatum laureatâ
 Sic redimit Themis alma fronde;
 Sic docta trita est semita gloriæ,
 Hinc laureatas texit adores
 Fortuna, sistet gloriosâ
 Clarus honor reducem quadrigâ;
 Astræa Sedem Magnificam parat
 Ad purpuratos Justitiæ Patres,
 Quæis judicat strictove sola
 *Herbipolistonat Ense, Stollâ **
 I dulce votum Matris, & unicus
 Amor Sororum, te meritò manent
 Juvaviense per Lycaum
 Perpetuæ monumenta famæ.
 I magna nostrum gloria *Franconum*,
 Badoniani nominis unicum
 Decus virile; *ter beatus*
 Franconicas habitabis oras.
 I vive nostræ, vive perenniter,
 Cognationis splendor, & aureo
 Famæque, Doctrinæque curru
 Ad patrios propera Penates.

* *Licent. Poët.*

Ita cognato ex affectu felicitans subscribit

Salisburgi die 25. Julii 1709.

GEORGIUS CHRISTOPHORUS
 EBERHARDUS BÖTTINGER, Bam-
 bergensis Franco, SS. Theol. Licentiatu,
 Philosophiæ Mag. Jurium Auditor &c.



ELENCHUS QUÆSTIONUM.

QUÆSTIO I.

Continet Numeros 19.

An Clerici, itémque Religiosi obligentur legibus
civilibus, à Potestate sæculari latis? pag. 1.

QUÆSTIO II.

Continet Numeros 10.

Gaudeant nè Clerici privilegio fori, si moveatur
actio realis? pag. 14.

QUÆSTIO III.

Continet Numeros 4.

Possit nè causa restitutionis coram iudice Eccle-
siastico ventilari, si Ecclesia, in contractu læ-
sa, adversùs laicum restitui postulet. pag. 22.

QUÆSTIO IV.

Continet Numeros 7.

Possit nè Prælatus legatum rei certæ immobilis,
aut mobilis pretiosæ & servando servabilis,
Ecclesiæ suæ in specie, & purè relictum, sine
solennitatibus, ad alienationem rei Ecclesia-
sticæ necessariis, repudiare? pag. 25.

QUÆSTIO V.

Continet Numeros 4.

Vtrùm testamentum, coram Parocho, & duo-
bu

bus testibus ad causas profanas à laico conditum, etiam extra Divi Petri patrimonium, seu temporale territorium Papæ subsistat?

pag. 35.

Q U Æ S T I O VI.

Continet Numeros 19.

Possitnè laici præscribere decimas, seu jus decimandi?

pag. 41.

Q U Æ S T I O VII.

Continet Numeros 24.

An liceat Principi Christiano, si bello prematur ab alio Principe Christiano, foedus inire cum Principe infideli, & in societatem belli infidelem adsciscere?

pag. 53.

Q U Æ S T I O VIII.

Continet Numeros 35.

Vtrùm peregrini vel advenæ obligentur legibus alieni territorii, locivè, per quem transeunt sine animo ibi domicilandi?

pag. 68.

Q U Æ S T I O IX.

Continet Numeros 58.

Quid, & quotuplex sit jus accrescendi? an omnis conjunctio id operetur? quibus competat? quæ ad illud requirantur? quis ejusdem effectus? & ex quibus causis cesset? pag. 90.

Q U Æ S T I O X.

Continet Numeros 31.

Vtrùm fæmina SCto Vellejano renunciare possit? & quid si juramentum præstiterit? pag. 141.

QVÆ.

Q V Æ S T I O X I.

Continet Numeros 44.

Habeatnè locum compensatio in re depositâ ,
aut commodatâ ? pag. 159.

Q V Æ S T I O X I I.

Continet Numeros 34.

An merces, libri studioforum, res minorum, alienæ, numi in prædium urbanum illati, pro pensione & deterioratione domûs tacito pignori teneantur? item an illa quoque, quæ in prædium rusticum fuerunt illata, citrà specialem conventionem pro locario, & damnis in prædio conducto datis, pignori nexa intelligantur ? pag. 185.

Q V Æ S T I O X I I I.

Continet Numeros 17.

Vtrùm mulier ratione dotis non solùm creditoribus mariti hypothecam anteriorem tacitam habentibus, præferatur, sed etiam habentibus anteriorem expressam ? pag. 202.

Q V Æ S T I O X I V.

Continet Numeros 13.

Possitnè filius familias de peculio adventitio extraordinario testari? pag. 214.

Q V Æ S T I O X V.

Continet Numeros 20.

Profitnè, aut noceat bona vel mala fides auctoris successoris ? & an hæres possit usucapere, si defunctus initio fuerit in bonâ fide, postea autem scientiam acquisierit rei alienæ? pag. 222.

Q V Æ S T I O XVI.

Continet Numeros 48.

Quid sit tortura? an ad imperium merum, vel mixtum pertineat? quæ personæ ab eâdem eximantur? & an secunda tortura nunquam absque novis indiciis repeti possit? pag. 242.

Q V Æ S T I O XVII.

Continet Numeros 13.

Si feudum alienet pater, possitne filius id revocare? pag. 282.

Q V Æ S T I O XVIII.

Continet Numeros 7.

Quibus modis feudum, legitimè constitutum & acquisitum finiatur? pag. 297.

Q V Æ S T I O XIX.

Continet Numeros 28.

Quo sensu verum sit, quòd vasallus, oppugnando vitam, aut lædendo famam Domini, feudum amittat? pag. 300.

Q U Æ S T I O XX. & ultima.

Continet Numeros 38.

Quando vasallus in personam Domini indirectè delinquere censeatur, & propterea beneficio privari possit? pag. 316.



QUÆ.



QUÆSTIO I.

An Clerici, itémque Religiosi obligentur legibus civilibus, à potestate sæculari latis ?

SUMMARIA.

1. Clerici à Jurisdictione profanâ jure naturæ exempti non sunt.
2. Summus Pontifex jure divino à potestate civili omnino exemptus est.
3. Personæ Ecclesiasticæ Romano Pontifice inferiores itidem jure divino exemptæ sunt à jurisdictione seculari in causis spiritualibus & merè Ecclesiasticis.
4. Quam exemptionem, sunt, qui extendant ad causas temporales.
5. Sed eorum motiva removentur.
6. Et statuitur, immunitatem Ecclesiasticam esse immediate juris humani Pontificii, in jure divino autem fundamentum habere.
7. Adducuntur fundamenta hujus sententiæ.
8. Leges civiles, nominatim disponentes de personis & rebus Ecclesiasticis, sunt ipso jure invalidæ.
9. & 10. Satisfit duabus objectionibus.

11. *Aliud dicendum de legibus civilibus expresse vel tacite Jure Canonico receptis & approbatis.*
12. *Aut continentibus merum favorem & privilegium, absque omni obligationis, vel præcepti onere.*
13. *Legibus civilibus, quæ generaliter sonant, & immunitati Ecclesiasticæ non sunt adversæ, nec dedecent statum Ecclesiasticum, in materiâ communi clericis & laicis, obligantur clerici.*
14. *Sed non quoad vim coactivam.*
15. *Nec quoad vim directivam directè.*
16. *Quidquid in contrarium sentiat & afferat Ferdinandus à Castro Palao.*
17. *Cujus argumentis occurritur.*
18. *Obligantur itaque clerici præfatis legibus civilibus saltem indirectè.*
19. *Ex quo tamen non sequitur, clericos etiam à laicis puniri posse nomine & autoritate summi Pontificis.*

1 **I**mmunitatem Ecclesiasticam in æquitate naturali fundatam esse, patet ex eo, quia maximè congruit, ut ministri DEI, in sortem ejus specialiter vocati & consecrati, à profanâ jurisdictione eximantur. *Mol. tom. 1. de J. & J. tract. 2. disp. 31. n. 7.* à quâ tamen jure naturæ clerici exempti non sunt, cum character clericalis ex se & ratione sui clericum non eximat à jurisdictione sæculari, sed hominem saltem divino cultui deputet; quæ deputatio non excludit subjectionem temporalem in ordine ad ea, quæ divino cultui non officiunt, & respectu quorum clerici se habent, ut membra communitatis. Id quod, missis aliis, patet ex *Concil. Trid. sess. 23. de reformat. cap. 6.* ubi quatuor minoribus ordinibus initiati

tiati quoad certos casus subjiciuntur sæculari jurisdictioni.

Palao part. 2. operis moralis tract. 12. disp. un. punct. 1. n. 4.

Planè summum Pontificem jure divino à potestate 2
civili omnino exemptum esse, ita, ut, licet in alieno regno
versaretur, leges civiles tamen illius regni néque vi præ-
cepti, néque vi uniformitatis servare teneatur, tenent *Mol.*
d. disp. 31. n. 8. Suarez lib. 3. de ll. c. 34. n. ult. Palao d. punct.
1. n. 8. ex ratione, quòd suprema potestas, quæ Pontifici
competit in principes temporales, illos juxta exigentiam
necessitatis Ecclesiæ gubernandi, non admittat, ut ipse à
principe sæculari sibi subjecto capi aut puniri possit. Quæ
exemptio etiam patescit ex illo *Matthæi 17. cap. vers. 25. &*
seq. ubi, cum à Christo exigeretur census, interrogavit Pe-
trum, à quibus Reges tributum vel censum accipiant? à
filiis suis, an ab alienis? Respondit Petrus, ab alienis.
Ex quo intulit Christus: ergo liberi sunt filii. Quasi di-
ceret, si filii regum & principum naturales tributum non
pendunt; Ego, qui filius naturalis sum regis æterni, &
domini universorum, nulli hominum tributum debeo.
Quam exemptionem Christus ex privilegio extendit ad Pe-
trum, propter specialem ejusdem prærogativam & digni-
tatem, ut patet ex limitatâ solutione tributi pro se & Petro
jussâ, hiscè formalibus: *ut autem non scandalizemus eos,*
vade ad mare, & mitte hamum: & eum piscem, qui pri-
mus ascenderit, tolle; & aperto ore ejus, invenies staterem:
illum sumens, da eis pro me, & te.

Personæ Ecclesiasticæ Romano Pontifice inferiores 3
itidem jure divino exemptæ sunt à potestate & jurisdic-
tione sæculari in causis spiritualibus & merè Ecclesiasticis,
puta, fidem, ordines, sacramenta, sacrificia, beneficia Ec-
clesiastica, divinum cultum, animarumque salutem con-
cernentibus. Non enim laicis, sed Petro à Christo dictum
est: *Tu es Petrus &c. pasce oves meas &c.* quod adeò ve-

rum est, ut etiam laici in judicio harum causarum à jurisdictione laicorum sint exempti, cum causa spiritualis sphaeram jurisdictionis sæcularis excedat. *Palao d. loc. num. 2. Molin. ubi supra n. 2. conclus. 2. Covar. pract. quæst. cap. 31. n. 2. conclus. 1.*

4 In causis temporalibus, puta, solutione tributorum, punitione criminum, aliisque legibus civilibus, clericos à sæculari jurisdictione jure divino absolutè exemptos esse, sustinent *Pirhing. de foro compet. n. 112. in f. P. Engel de immunit. Eccles. n. 23.* moti variis textibus Juris tum divini, tum humani. Sic in veteri lege Sacerdotes & Levitæ exempti erant à jurisdictione sæculari aliarum tribuum, & lege solvendi tributa, *Genes. 47. cap. vers. 22. Levit. ult. cap. vers. 28. Num. 18. cap. vers. 8. & 9.* Sic legitur *Psalms. 104. vers. 15. nolite tangere Christos meos. & Zachar. 2. cap. vers. 9. qui tetigerit vos, tangit pupillam oculi mei.* Sic in *c. 30. de jurejur. c. 4. de censibus in 6. Concil. Trid. Sess. 25. de reformat. cap. 20.* Clerici à jurisdictione laicorum exempti esse dicuntur ipso jure divino. Quod etiam suadet ipsa institutio statûs clericalis, vi cujus clerici patres sunt, & magistri sæcularium, ac laicis omnibus superiores. *Can. quis dubitet. 9. & seq. dist. 96.* superior autem ab inferiori judicari non potest. *cap. 6. & 16. de majoritat. & obedientiâ.*

5 Sed non desunt responsiones, quibus motiva hæc removeantur. Nam imprimis textus veteris testamenti quod attinet, illi post adventum Christi & promulgationem legis gratiæ vim juris non amplius habent, nisi quatenus in jure naturæ fundantur. Prophetæ verò loquuntur de injuriâ & violentiâ illatâ illis, qui DEO familiares sunt; non de judicio.

Decreta Pontificum intelligenda sunt de exemptione in thesi, non in hypothesi, seu in hoc, aut illo particulari casu;

casu : vel debent memorati canones exaudiri juxta morem loquendi in Jure Canonico, & Conciliis, ac decretalibus SS. Pontificum usitatissimum, quo frequenter aliquid dicitur jure divino statutum, quia à veteri lege originem duxit, vel quia ad illius exemplum inductum fuit, vel quia exemptio mediatè saltem & remotè est juris divini, vel quia jus divinum & naturale dictabat, clericos esse eximendos. Prout respondent *Covar. d. c. 31. n. 3.* & *Palao d. punct. 1. n. 4. in f.* vel certè, si præallegati Canones de lege propriè divinâ accipiendi essent, accipi de eâ aliter non possent, quàm quoad immunitatem in causis spiritualibus & merè Ecclesiasticis. *Mol. d. disp. 31. n. 14.*

Quod denique de præeminentia statûs, & superioritate clericorum dictum fuit, repugnare non videtur, quò minùs clericus, ratione dignitatis clericalis regibus omnibus superior, quoad regimen politicum iisdem possit esse subjectus : quemadmodum non repugnat, patrem filio esse subditum ratione regis dignitatis, & eodem esse superiore ratione potestatis patriæ.

Cùm igitur tantum absit, ut lex divina exstet, quæ clericos à jurisdictione sæcularium eximat, ut potius in primitivâ Ecclesiâ clerici subjecti fuerint principibus sæcularibus. *Act. 25. cap. vers. 10 & seqq.* ibi : ad tribunal Cæsaris sto, ibi me oportet judicari &c. *ad Rom. 13. cap. vers. 1.* ibi : omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit. *Matthai 22. cap. vers. 21.* ibi : reddite, quæ sunt Cæsaris, Cæsari. Et *Joan. 19. cap. vers. 11.* ibi : non haberes potestatem adversus me ullam, nisi tibi datum esset desuper. Probabilius videtur, immunitatem Ecclesiasticam esse juris humani Pontificii immediatè, quamvis in jure divino fundamentum habeat ; vel quoad substantiam esse juris divini, quoad modum autem & determinationem esse juris Ecclesiastici. Voluit nimirum Christus, clerum esse ex-

emptum à potestate laicorum, quantum necessarium erat, ac conveniens rectæ gubernationi Ecclesiæ; modum autem, & determinationem hujus reliquit Pontificibus. Ita sentiunt *Suarez d. c. 34. n. 11. Covar. d. c. 31. n. 3. Palao d. punct. 1. num. 4. Mol. d. disp. 31. n. 6. & 9. Laymann Theol. Moral. lib. 4. tr. 9. cap. 8. n. 1. Magnif. D. P. Petschacher tr. de ll. q. 4. §. 4. pag. m. 150. & seq. Magnif. D. Schambogen tit. de foro compet. n. 34.* qui in hanc sententiam ideò inclinat, quia Pontifex scit, in multis provinciis clericos quoad temporalia jurisdictioni sæculari esse subjectos, ab eâ judicari, sententias executioni mandari; qui actus omnes habentur validi; neque Pontifex contradicit, qui tamen, suppositâ veritate alterius opinionis, essent nulli, utpote ab incompetenti iudice facti. Probatur autem hæc nostra sententia, in quam jam antè sexennium in *select. quæst. 3. n. 9.* inclinavimus, quoad primam partem ex textibus suprà *n. 4.* adductis; nec non ex Concil. Trid. *Sess. 25. de reformat. c. 20.* ubi dicitur, immunitatem DEI ordinatione, & canonicis sanctionibus esse constitutam. Undè patet, Christum Dominum non solum contulisse Petro potestatem eximendi clericos à jurisdictione sæculari, prout Ecclesiæ conveniens visum fuerit; sed etiam specialiter præcepisse ipsi talem exemptionem.

Quoad alteram partem constat ex praxi & consuetudine Ecclesiæ, quâ immunitatem clericorum ex iusta causa restringit, ex parte diminuit, causas ac lites clericorum laicis cognoscendas delegat. Quod non posset, si immunitas Ecclesiastica esset immediate instituta jure divino. Idem patet in causa feudali, & civili reconventionis, in quibus dominos sæculares cognoscere posse, docui Anno 1702. *select. quæst. 3. & 4.* Causas id genus alias adducit *Palao ubi suprà n. 4. & Paulus Laymann d. tract. 9. cap. 10. n. 2.* ubi scribit, neminem dubitare, quin S. Pontifex

tifex per speciale privilegium ob justam causam datum alicui Principi, aut magistratui sæculari, ex parte aliquâ derogare possit Ecclesiasticæ exemptioni: virtute cujus ille capax sit jurisdictionis in Ecclesiasticos juxta limites concessionis. Sicut decimæ eatenus sunt juris divini, quatenus deserviunt pro necessaria sustentatione ministrorum Ecclesiæ; quoad quantitatem verò & modum sunt juris humani.

Atque hæc de immunitate & exemptione personarum Ecclesiasticarum in genere præmittere placuit. Nunc videndum in specie de legibus sæcularibus, in quantum clerici ab iisdem sint immunes & exempti? Ubi

Respondeo I. Si leges civiles expressè & nominatim 8
disponant de personis & rebus Ecclesiasticis, præcipiendo, vel vetando; ejusmodi legibus non obligari clericos, sed leges illas ipso jure nullas esse, esto etiam respiciant favorem & commodum clericorum. *cap. 10. de constit. arg. l. ult. ff. de jurisdict. Laymann lib. 1. Theol. Moral. tr. 4. c. 13. n. 2. P. Engel tit. de constit. §. 3. n. 35. Panormit. in d. c. 10. n. 10. Barbosa ibid. n. 5.*

Neque obstat I. Quòd antiqui Imperatores, etiam 9
Catholici, ut ipsemet Justinianus, jurisdictionem Ecclesiasticam usurpaverint, ac in Codice & Novellis speciatim disposuerint de Ecclesiis, Episcopis, Clericis, Monachis, eorumque rebus, jubendo vel vetando. Item quòd electionibus summorum Pontificum accesserint, ut patet ex *Can. 21. & duobus seqq. dist. 63.* Nam R. cum Henrico Canisio ad *c. 10. de constit. n. 7.* tunc temporis Pontifices ob potentiam Imperatorum, quibus defectu virium resistere non valebant, illud dissimulasse, non approbasse; quamvis constitutiones, à memoratis Imperatoribus emissæ, absolutè, & semper fuerint invalidæ, utpote latæ à non habentibus potestatem ferendi. *d. cap. 10. de constit. can. 1.*

dist. 10. can. 1. dist. 96. Quinimo Ludovicus Imperator juri eligendi S. Pontificis renuntiavit iterum, si aliquod fuit, *Can. 30. dist. 36.* & Gregorius VII. omnino abrogavit. Vid. *Illustr. Franc. Frideric. ab Andler in Jurisprud. quæ publica, quæ privata. lib. 1. tit. 5. part. 1. n. 17. § seq.* Nec non Clariss. ac Colendiss. Collegam D. P. Franciscum Schmier tr. *Jurid. de modis acquirendi & amittendi Prelaturas Ecclesiasticas. cap. 1. sect. 4. §. 1. n. 391.*

10 Neque obstat II. Quòd ipsi nostri Catholici Principes v. g. Germaniæ, maximè verò Rex Galliæ, in multis se immisceant jurisdictioni Ecclesiasticæ, circa res & personas Ecclesiasticas disponendo. R. enim, hoc fieri vel ex Pontificis concessione tacitâ vel expressâ, ex Jure advocatiæ, in Germaniâ vigore concordatorum, vel etiam aliquando malè. Confer Eminentiss. *Sfondrati in tract. de libertat. Ecclesie Gallic. lib. 12. cap. 6. § 7. Palao Operis Moralis part. 1. tract. 3. disp. 1. punct. 24. §. 6. n. 9.*

11 Planè leges illæ, quæ expressè (idem est, si tacitè, puta, generali Ecclesiarum usu & consuetudine firmatæ sint) Jure Canonico receptæ, & approbatæ sunt, ab assertionem nostrâ *suprà n. 8.* excipiuntur. *d. c. 10. de constit. ibi: nisi ab Ecclesia fuerit approbatum &c.* intellige, statutum sæcularium. Quâ approbatione secutâ leges non valent ex vi potestatis sæcularis, sed ex autoritate Pontificis approbantis, qui inutile reddit utile, & infirmum facit firmum. Vid. *cap. si Apostolica. 22. de præbend. in 6. d. can. 1. dist. 10. § dist. 96.* Notanter dico, ex autoritate Pontificis approbantis. Nam inferior potestas Ecclesiastica non potest leges civiles canonizare seu approbare pro foro Canonico, sed hoc potest solus Papa. *Azor, Laymann, Suarez, Decius apud Haunold de J. & J. tom. 1. tr. 1. cap. 1. contr. 6. §. 4. n. 81. P. Engel d. n. 35.*

12 Similiter excipiuntur leges civiles, continentes me-
rum

rum favorem & privilegium, absque omni obligationis vel præcepti onere, quales sunt *auth. quas actiones. Cod. de SS. Ecclesiis.* ubi contra Ecclesiam Romanam tantum centenaria, contra alias Romanam inferiores non nisi quadragenaria præscriptio admittitur. *auth. item nulla communitas. Cod. de Episcopis & Clericis.* ubi Ecclesiæ, & personæ Ecclesiasticæ ab exactionibus & oneribus realibus, per sæculares Magistratus imponendis, liberæ pronunciantur. *Nov. 5. cap. 5.* Vi cujus bona ingredientium monasteria sine præviâ dispositione acquiruntur monasteriis &c. Tales enim leges subsistunt. Ratio est, nè, quod in Ecclesiæ favorem est introductum, scilicet privilegium exemptionis, detorqueatur in odium, contra *c. 61. de R. J. in 6.* & quia privilegium dans non exercet Imperium vel superioritatem in privilegiatum; cum privilegium etiam non subditis dari possit, & nemo ad ejus acceptationem, usumue cogatur. *Laymann d. c. 13. n. 3. P. Engel in f. proæm. Juris Can.*

Respondeo II. Si leges civiles non disponunt specificè 13 de personis & rebus Ecclesiasticis, sed sonant generaliter, nec adversantur immunitati Ecclesiasticæ, nec dedecent statum Ecclesiasticum, sed habent materiam communem clericis & laicis, convenientem rectæ gubernationi Reipublicæ; ut sunt leges, quæ prohibent frumentum, vinum &c. evehi ex provinciâ, quæ taxant pretia rerum, quæ præscribunt certum modum ædificandi, contrahendi &c. tunc clerici obligantur illis legibus. *Mol. d. disp. 31. n. 15. Palao d. §. 6. n. 1.* ubi citat *Vasquez, Sayrum, Covar. Salas. Bonacinam, Bellarminum &c.* Sed quomodo?

Respondeo III. Non obligari illos quoad vim coacti- 14 vam. *Suarez d. c. 34. n. 15. Palao d. loc. n. 7.* citans in fine plures. *Laymann d. c. 13. n. 4. P. Illsung Theol. pract. tract. 1. disp. 2. art. 2. §. 3. n. 29.* & DD. communiter. Hinc quamvis clerici transgrediantur tales leges, & transgrediendo pec-
cent,

cent, non possunt tamen ob id puniri à potestate sæculari, sed tantum à superioribus suis Ecclesiasticis, poenâ vel per legem civilem statutâ, vel aliâ arbitrariâ. *Suarez d. c. 34. num. 18. Bonacina Theol. Moral. tom. 2. disp. 1. de ll. quæst. 1. punct. 6. n. 30. Laymann d. loc.* Ratio est ipse defectus jurisdictionis in sæculari legislatore respectu Ecclesiasticorû *d. c. 10. de const. c. 4. 8. § 17. de jud. c. 2. de foro comp. in 6.* Atqui vis coactiva necessariò supponit jurisdictionem directam, sine quâ executio legis fieri non potest, ergo &c. Unde infertur, Ecclesiasticos non obligari legibus civilibus, irritantibus aliquem actum, vel reddentibus personam ad aliquid inhabilem ob delictum; cum hæ leges sint poenales, & quoad hoc vim coactivam contineant, ut cum aliis notant *Navarrus apud Laymann d. c. 13. n. 5. Bonacina d. loc. n. 33. P. Engel d. n. 35.*

- 15 Respondeo IV. Neque obligari clericos legibus civilibus quoad vim directivam directè, & vi legum à potestate sæculari latarum. Ita Authores mox citandi responsione sequenti. Ratio est, quia laici nullam omnino potestatem habent in clericos, neque coactivam, neque directivam seu obligativam in conscientiâ; idque propter omnimodam exemptionem clericorum à potestate sæculari. *cap. 4. de cens. in 6. Trid. sess. 25. de reformat. c. 20. addatur cit. cap. 10. de constit. § seqq.* Neque refert, quòd Ecclesiastici sint cives & membra Reipublicæ sæcularis: nam hoc lato tantum sensu verum est: sunt enim cives & membra, sed alterius ordinis, & exempta à jurisdictione politicâ seu temporali, per textus citatos. Quemadmodum nobilis, esto membrum sit communis, non tamen observare tenetur leges, à quibus propter nobilitatem censetur legitimè exemptus. Unde assertio nostra ulterius sic probari potest: de quo lex expressè disponere non potest, id in generalibus terminis nequit comprehendere: quod enim

enim quis non potest in specie, nec potest in genere, *arg. l. 21. §. pen. ff. ad municip. de incolis. cap. 21. de sent. excomm. Bartol. ad l. si quis sub conditione 7. ff. de condit. instit. in f. Roman. Consil. 209. pro verificatione. num. 2. Joan. Otto Tabor in thesauro locorum communium lib. 7. cap. 2. axiom. 13.* Atqui ob defectum jurisdictionis non potest lex in specie disponere de Ecclesiasticis : ergo nec in genere poterit illos suâ dispositione comprehendere. Accedit, quòd major sit species subjectionis, si quis generalibus terminis legis comprehendatur, quàm si de eo specificè mentio fieri debeat, juxta textum in *cap. 6. de rescriptis, & cap. 4. de sent. excommunicat. in 6.*

Dissentit *Palao d. §. 6. n. 6.* existimans, clericos me- 16
moratis legibus per se & directè obligari. Modus, quo ille discurret, est ferè sequens : Clerici nec divino, nec humano jure exempti sunt à gubernatione politicâ Reipublicæ; ergo legibus, respicientibus communem politicam gubernationem, æquè tenentur, ac cives reliqui. Antecedens quoad jus divinum probat ex S. Codice, & S. Chrysostomo. Et quidem ex S. Codice, quia in *Epistolâ ad Rom. 13. cap. vers. 1.* dicitur, *omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit.* Ex S. Chrysostomo verò, quia hic *hom. 23. ad Rom.* ubi præcitata Pauli verba expendit, eadem ad clericos extendit, dicens, etiam si Apostolus sis, Evangelista, Propheta, sive quisquis tandem fueris; nec enim pietatem subvertit ista subjectio : & paulò superius dixerat, Christum leges suas non ad hoc induxisse, ut politicas evertat, sed ut ad melius instituat. Porro quoad Jus Canonicum ostendit antecedens hoc modo : tantum abest, ut clerici Jure Canonico exempti sint à gubernatione politicâ Reipublicæ, ut eodem clericis potius præcipiatur observatio legum civilium. Sic in *cap. 1. de N. O. N. ædificium*, post nuntiationem novi operis constructum, demoliri jubetur, additâ ratione, quia legalibus

galibus constitutionibus demoliri debet. Sic in *cap. 12. de arbitris*. sententia excommunicationis declaratur nulla, eò quòd lata fuerit adversùs eum, qui secundum leges civiles non tenebatur stare sententiæ latæ ab arbitris. Sic in *Can. 1. 7. & 9. distinct. 10.* promittunt Pontifices, se facturos, ut leges Imperatorum serventur.

- 17 Verùm displicet discursus iste non uno ex capite. Præterquam enim, quòd Paulus in *Epist. ad Rom.* in genere saltem dicat, quémque teneri obedire suo legitimo superiori, Laicum Laico, Ecclesiasticum Ecclesiastico; patebit etiam ex dicendis infra, obligationem legum civilium, quibus clerici tenentur, ultimatè provenire ex approbatione Summi Pontificis: quem explicandi modum præferendum esse obligationi directæ, quam adstruit *Palao*, patet 1. ex eo, quia sic ex unâ parte obtinetur idem finis, nimirum debita conformitas totius corporis politici, quod ex laicis & clericis coalescit: & ex alterâ parte perfectiùs salvatur immunitas Ecclesiastica. 2. Quia vis directiva legum rectiùs fundatur in jurisdictione conjunctâ cum vi coercitivâ seu punitivâ; atqui hæc posterior vis in personas Ecclesiasticas, non est conjuncta cum jurisdictione civili; est autem conjuncta cum jurisdictione Ecclesiasticâ, ut diximus *num. 14.* ergo etiam vis directiva legum civilium rectiùs fundatur in jurisdictione Ecclesiasticâ, extendente prædictam obligationem legum civilium in personas Ecclesiasticas. 3. Quia principes & judices sæculares valdè affectant & extendunt jurisdictionem in clericos; undè periculum erat, nè, si dicantur habere propriam, veram, & directam jurisdictionem in clericos, eosdem legibus suis obligandi, potestatem hanc ad plures leges extendant, quàm itatui clericorum conveniat. Satiùs itaque est, omnem Ecclesiasticarum personarum obligationem ad potestatem Ecclesiasticam revocare; prout mox ampliùs revocabimus.

Respon

Respondeo V. Clericos obligari dictis legibus saltem 18
indirectè. Ita *Suarez d. c. 34. n. 13.* *Illung d. §. 3. num. 28.*
Laymann d. cap. 13. in f. *P. Engel d. n. 35.* *P. Mezger tract.*
de ll. cap. 5. §. 5. n. 5. *D. Gletle Jurisprud. fundament. lib. 1. tit.*
2. cap. 4. §. 5. n. 13. & 14. cum aliis. Quæ tamen obligatio
non provenit adæquatè & unicè ex lege naturali, obligante
ad conformitatem tenendam cum laicis in eadem Republi-
ca, cujus & clerici aliquo modo membra sunt *arg. can. 2.*
dist. 8. Sed ultimatè provenit ab approbatione Summi
Pontificis, qui hoc ipso, dum nihil innovat in illis materiis,
& tamen clericos vult admitti in partem communitatis, &
mutua commercia cum laicis, censetur, imò debet velle,
ut etiam servant prædictas leges, æquè ac laici; quia sine
hac obligatione non expediret, illos ita admitti, ut per se
patet. Cùm ergo Summus Pontifex unum vult, vult etiam
reliqua, connexa cum illo.

Colligitur hæc assertio ex famoso *c. 1. de N. O. N.* ibi:
sicut leges non dedignantur sacros Canones imitari, ita & sa-
crorum statuta Canonum principum constitutionibus adju-
vantur. Sensus est, quòd, ubi canones nihil speciale sta-
tuunt, recipiant ea, quæ leges civiles statuerunt in aliqua
materia, & secundùm illos judicent, non aliter, ac si Juri
Canonico essent insertæ. Atquæ hæc est generalis appro-
batio, vi cujus Clerici ejusmodi legibus tenentur, & secun-
dùm quas judicandi sunt, non à judice laico, sed ab Eccle-
siastico. Similis approbatio habetur in *cap. 28. de privile-*
giis. ibi: *sanè licèt Sancta Ecclesia legum sæcularium non re-*
spuat famulatum, quæ æquitatis & justitiæ vestigia imitan-
tur &c. Addantur *c. 12. de arbitris. can. si adjutorium. 7.*
cum duobus seqq. dist. 10. *Felician. de Oliva tract. de foro Ec-*
clesiæ part. 1. quæst. 36. n. 3. & seqq. ubi ex hac sententiâ va-
rias illationes facit.

Neque dicas cum *Palao d. §. 6. n. 5. in f.* quòd, si præ- 19

dictæ leges civiles vim obligandi haberent præcisè ex approbatione Summi Pontificis, laica potestas ob generalitatem approbationis facillè præsumere posset, suas leges etiam in ordine ad poenas, in illis statutas, fuisse canonizatas, & clericos à se puniri posse nomine & autoritate Summi Pontificis. Contra enim est, quòd hæc præsumptio elidatur manifestis juribus, quibus omne iudicium personarum Ecclesiasticarum ad tribunal Ecclesiasticum trahitur; uti patet ex iis, quæ traduntur de privilegio fori, & immunitate Ecclesiasticâ; nec non ex capitulis allegatis, ubi Pontifex non remittit causas judicandas ad magistratum laicum; quod signum est, hunc non agnosci pro iudice delegato.



QUÆSTIO II.

Gaudeantnè Clerici privilegio fori, si moveatur actio realis?

SUMMARIA.

1. Refertur sententia Clariss. D. Dominici de Bassis.
2. Quâ tamen difficultas non videtur exhausta.
3. Nostra sententia est, stando in jure communi clericum actione reali coram iudice non alio conveniri posse, quàm Ecclesiastico.
4. Refertur opinio contraria cum suis rationibus.
5. Qua solvuntur.
6. Interim tamen Principes seculares decernere possunt, ut res, noviter in Ecclesiam translata, vel bona eorum, qui sacros ordines recenter assumunt, coram iudice petantur non alio, quàm seculari.

7. & 8. *Qua sententia solidis fundamentis firmatur.*
9. *Simulque elumbis redditur assultus contrarius.*
10. *Unde praxis, secundum quam Clerici alicubi respondere jubentur coram iudice seculari in causis realibus, damnari non potest, tanquam adversa immunitati Ecclesiasticæ.*

Controversiam hanc vix ullus accuratè discussit. Te-
tigit illam post alios *Clarissimus D. Dominicus de*
Bassis p. m. semicenturiâ secundâ questionum foren-
sium, controversiâ undecimâ. n. 3. & seqq. Sed neque
iste difficultatem exhausit, ut ex iis apparebit, quæ statim
subnectam. Distinguit ille, ac jus scriptum separat à non
scripto. Inspecto jure scripto fatetur memoratus Author,
bona Ecclesiarum & Clericorum, tametsi patrimonialia
sint, ita tamen gaudere immunitate Ecclesiastica, ut neque
in actionibus personalibus, neque in realibus ad forum sæ-
culare trahi possint; cum bona clericorum tanquam ac-
cessoria forum clerici sequantur, & ut dicitur in *l. 43. ff. de*
R. V. religiosa fiant, quæ religiosis adhærent, quemadmo-
dum etiam bona sæcularium, qui militiam assumunt, sta-
tum mutant & forum, ac ad iudicium magistrorum, sive
officialium militarium pertinent. *l. 6. Cod. de Jurisdictione*
omnium iudicium &c. Usu tamen & consuetudine legi-
timâ contendit, introduci posse contrarium.

Argumentatur ille in hunc ferè modum: immuni-
tas rerum ad clericos pertinentium solo jure humano in-
troducenda est; ergò potest consuetudine contraria infringi.
Sed facili operâ monstravero, argumentum hoc compage
solidâ constructum non esse. Si enim immunitas rerum
ad clericos pertinentium jure saltem Canonico introducenda
est, manifestè sequitur, consuetudine contrariâ infringi
non posse, quia, ut consuetudo legi Canonica prævaleat,

consensu tacito Sedis Apostolicæ munita sit, necesse est; qui hîc deficit: tantum enim abest, ut Pontifex consuetudines immunitati Ecclesiasticæ adversas approbet, ut damnet potius, ac in Bulla Cænæ annis singulis retractet. Confer *c. 3. de consuet. auth. Cassa. Cod. de SS. Ecclesiis. P. Engel tit. de consuetudine n. 21. tit. de foro competenti. n. 49. & tit. de immunitate Ecclesiarum &c. n. ult. P. Mossmiller de competentiâ fori Ecclesiastici §. 6. n. 22. & seqq.*

Aliam proinde viam lubet ingredi, ac foro Ecclesiastico ita favere, nè authoritas tamen sæcularis offendatur. Sit igitur

- 3 Assertio I. Stando in jure communi clericus actione reali coram judice non alio conveniri potest, quàm Ecclesiastico. Ita passim Theologi, & Doctores tùm Canonum, tum Legum. Prout videre est apud *P. Ægidium Ranbeck in asylo fori Ecclesiastici*, ubi *pag. m. 50.* ait, sententiam hanc in puncto juris probabiliorem, in conscientia tutiorem, & immunitati Ecclesiasticæ conformiorem esse.

Probatum: In Jure Utróque, Canonico, & Civili, generaliter cautum legitur, clericos exemptos esse à Jurisdictione sæculari, ac neque in causa Criminali, neque Civili trahi posse ad judicem sæcularem *cap. 12. & passim de foro competenti. auth. statuimus. Cod. de Episcopis & Clericis.* Ergò neque trahi possunt in causa reali; hæc enim à definitione & regula generali nullibi excepta legitur. Confirmatur: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: ergo cùm Jure Canonico nominatim exceptæ legantur causæ feudales, rectè infertur, causas reliquas pertinere ad regulam, ac coram judice Ecclesiastico ventilandas esse.

- 4 Dissentiunt turmatim Doctores legum, in specie *Andreas Gail. lib. 1. observat. 37. n. 4.* ubi testatur, hoc sæpè in Camera observatum fuisse, nominatim in causa *Eberstein / contra Capitulum Cathedralis Ecclesiæ Spirensis.* Et de pi-
gnora-

gnorationibus obs. 7. n. 2. Myns. cent. 1. obs. 22. Qui ita in Camera decisum refert in causa Prioris & Conventus Vallis S. Matthiæ, contra Theodoricum de Miledung. Nec non *cent. 4. obs. 95.* In cujus fine testis est, sententiam suam à Dominis Camera Imperialis in causa appellationis Vicariorum Cathedralis Ecclesiæ Argentinensis contra Joannem Friesen & consortes, approbatam fuisse. *Nicol. Boerius decis. 69. n. 22.* testis, quòd ita servetur in Francia. Idem receptum esse in Regno Bohemiæ, testatur *D. Schambog. tit. de foro compet. n. 31.* De aliis plerisque regnis testis est *Bernardus Van Epen Juris Ecclesiastici universi. part. 3. tit. 1. cap. 4. n. 10.* Arguunt illi imprimis hoc modo : actio realis non tam in personam, quàm rem ipsam est directà §. 1. *Inst. de act.* ergo si res sit profana & sæcularis, moveri potest coram judice sæculari. Deindè ubi res sita est, ibi quis sortitur forum *l. ult. Cod. ubi in rem actio.* ergò clericus ratione rei sitæ in territorio laici, conveniri poterit coram judice laico.

Sed indigna sunt hæc argumenta, ob quæ deferatur 5
vadimonium. Nam primum quod attinet, etsi actio realis in rem ipsam sit directà ; procedere tamen non potest, nisi sit, qui illam excipiat, cum res se ipsam defendere aut restituere non possit : adeoque requiritur persona, in quam dirigatur actio ; quæ si privilegio fori sit munita, conveniri non potest coram judice alio, quàm proprio. Alterum tunc solum procedit, quandò persona rei specialitet privilegiata, & exempta non est à jurisdictione judicis rei sitæ. *Pirhing. de foro compet. n. 87. in f.*

Affertio II. Possunt decernere Principes sæculares, ut 6
res, noviter in Ecclesiam translatae, vel bona eorum, qui sacros ordines recenter assumunt, coram judice petantur non alio, quàm sæculari. Probatur I. Principes sæculares non tenentur in gratiam Ecclesiæ Jurisdictione suâ ce-

E

dere:

dere : ergo possunt illam sibi reservare, atque adeò decernere, ut res, noviter in Ecclesiam translata, vel bona eorum, qui sacros ordines recenter assumunt, coram iudice petantur sæculari.

Confirmatur : Jurisdictio æstimationem recipit, quia emolumentis insignibus est conspicua, adeoque pertinet in censum eorum jurium, quæ nemo dimittere tenetur gratis : ergo si bona quædam noviter transferantur in Ecclesiam, non tenentur Principes sæculares jurisdictione suâ cedere, sed possunt illam sibi reservare.

Promovetur argumentum : quando bona quædam transferuntur in Ecclesiam, non tenentur Principes sæculares alto dominio suo cedere, sed possunt prætere, ut de bonis illis solvantur tributa realia, & antiqua, veluti expressè docent *Abbas in cap. non minus. 4. de immunitate Ecclesiarum &c. sub n. 16. ad f. Ludov. Molina tom. 3. de J. & J. tr. 2. disp. 672. n. 3. P. Wagnereck ad cap. 1. de immunitate Ecclesiarum in 6.* Dicens, sententiam contrariam neque communem, neque probabilem esse, neque Ecclesiæ & Ecclesiasticis conducere, ut quæ illos in odium adducit, & Principes ac Magnates à fundatione aut dotatione faciendâ aut approbandâ Ecclesiarum absterret, si videant, se antiquis emolumentis, quæ ex ejusmodi bonis antehac percipiebant, penitus privari. *Clarissimus P. Engel Colleg. Jur. Can. tit. de immunitate Ecclesiarum &c. n. 25. & 26. ac plures alii.* Ergò neque tenentur jurisdictione suâ cedere. *Hieronymus de Cavallos in speculo aureo opinionum communium contra communes. quest. 36. num. 26.* Uti enim dominium eminens est pretio æstimabile, adeoque jus tale, quod nemo dimittere tenetur gratis : sic etiam jurisdictio est pretio æstimabilis, adeoque jus tale, quod nemo dimittere tenetur gratis.

7 Probatur II. Possunt bona eâ conditione transferri in Ecclesiam, ut obnoxia maneant jurisdictioni sæculari, quia, ut tradunt *Suarez lib. 4. de immunitate Eccles. cap. 14.*

n. 13. *Molina tom. 5. de J. & J. tract. 5. disp. 6. n. 6. & Laymann lib. 4. Theol. Moral. tract. 9. cap. 5. n. penult.* conditio talis per se non est mala, sed justa, & tanquam talis omnino servanda, quoties bona à principio data fuerunt clericis vel Ecclesiæ sub ea conditione, ut semper sub eodem foro mancant, sub quo tunc existebant. Atque ejusmodi dominia Jurisdictionis sæcularis oppidorum sæpè à Magnatibus translata fuerunt in Religiones & alias Ecclesias, neque potuit in illas, sine speciali alia Principis concessione, transire major jurisdictio in ea oppida, quam Magnates illi in ea habuerint. *Mol. ubi supra.* Ergo possunt decernere Principes sæculares, ut bona, noviter in Ecclesiam translata, petantur coram judice sæculari, quia bona, obnoxia jurisdictioni sæculari, petenda sunt coram judice sæculari.

Probatur III. Potest privatus in re, quam transfert in Ecclesiam, reservare sibi jus aliquod, puta, pensionem annuam: ergo idem potest Princeps; adeoque si res quædam transferatur in Ecclesiam, potest in illâ reservare sibi jurisdictionem. Uti enim privatus non tenetur in gratiam Ecclesiæ dominio suo absolutè cedere: sic neque Princeps tenetur in gratiam Ecclesiæ jurisdictione suâ absolutè cedere. 8

Munimentum forte dicere non possis, quod hostilem impetum nunquam fregit: neque firmam sententiam, quæ argumenti contrarii periculum non est experta. Labet proinde arietem admoveere assertioni, recenter propositæ, ac explorare, tantonè robore instructa sit, ut confringi nequeat. 9

Assultum sic adorno. Quando persona transit ad statum Ecclesiasticum, tenetur Princeps sæcularis jurisdictione suâ cedere: ergo tenetur etiam, quando fundus concedit sub dominium Ecclesiæ. Non minùs enim persona est obnoxia jurisdictioni sæculari, quàm fundus: ergo

si illa non potest mancipari Ecclesiæ, quin subtrahatur jurisdictioni sæculari, neque iste poterit.

Sed non opus est arduo molimine, ut elumbis reddatur assultus iste. Ideò enim expirat jurisdictio sæcularis, dum persona mancipatur Ecclesiæ, quia clerici ipso jure naturæ & divino (in sensu, superiori quæstione magis explicato) sunt exempti à jurisdictione Principum sæcularium, cum decencia non ferat, ad tribunalia profana trahi, ac reliquæ instar turbæ puniri illos, quorum ministerio Principes efficiuntur Christiani, accipiunt doctrinam salutis, remissionem peccatorum, sanitatem animæ, panem coelestem, & vitam æternam: quorum orationibus & sacrificiis fulcitur regnum, avertuntur calamitates, conciliatur pax, tranquillitas, & felix status rerum. In quo clericos jam Anno 1702. in quæstionibus meis selectis, *quæst. 15. num. 22.* cum *Lessio* laudavi. At fundi Ecclesiastici solo jure humano sunt exempti à jurisdictione sæculari, prout benè advertit *D. de Bassis d. contrav. 11. n. 4.* & *P. Mossmiller ubi supra §. 4. n. 8.* Quia non sapit indecentiam naturalem & intrinsecam, bona, alendo ordini Ecclesiastico destinata, manere obnoxia potestati sæculari, cum tantum absit, ut finem, ad quem testinata sunt, potestas hæc impediat, ut promoveat potius, quia iis viribus instructa est, ut vim omnem injustam avertere à bonis illis possit. Certè si non est contra decenciam naturalem, fundum, qui transfertur in Ecclesiam, manere obnoxium pensioni annuæ, quam privatus in illo sibi reservavit; neque erit contra decenciam naturalem, fundum, qui transfertur in Ecclesiam, manere obnoxium jurisdictioni, quam Princeps sæcularis in illo sibi reservavit.

10 Assertio III. Praxis, secundum quam clerici alicubi respondere jubentur coram iudice sæculari in causis realibus, damnari non potest, tanquam adversa immunitati Eccle-

Ecclesiasticæ. Probatur: possunt decernere Principes sæculares, ut bona, quæ noviter transferuntur in Ecclesiam, petantur coram judice sæculari: ergo possunt etiam urgere observantiam decreti hujus: ergo si defacto alicubi prætendant, ut in causis realibus respondeant clerici coram judice sæculari, non potest eo nomine dica illis scribi, quia signum est, quod tum ipsi, tum antecessores eorum jurisdictionem sibi reservaverint in bonis, Ecclesiæ concessis: neque enim præsumere absque temeritate possis, à Principibus timoratæ conscientiæ præfractè contemni Canones, ac poenas despici, in violatores immunitatis Ecclesiasticæ constitutas. Atque hoc modo etiam defendi posset jus, quo, ut testatur *D. de Bassis ubi supra n. 7.* Magistratus civicus Monacensis in debitis & censibus, ut ibi vocantur, perpetuis, & pro quibus possessores ædium personaliter non sunt obligati, utitur, ac, possessoribus ædium, esto clerici & Ecclesiastici sint, annuos census intra brevissimum, qui præfigitur, terminum non solventibus, ex postibus ædium fragmentum excindit, & factâ publicâ propositione fragmenti, ædes venales proclamat, & subhastat, plurisque licitanti adjudicat. Hanc praxin viâ aliâ defendit *P.*

Mossmiller d. tr. de compet. fori Ecclesiastici
§. 6. n. 28. ubi vide.





QUÆSTIO III.

Possitnè causa restitutionis coram Ju-
dice Ecclesiastico ventilari, si Ec-
clesia, in contractu læsa, adversùs
laicum restituti postulet?

SUMMARIA.

1. *Referuntur Authores sententia affirmativa.*
2. *Negat Covarruvias.*
3. *Cujus opinio probatur.*
4. *Diluuntur fundamenta oppositæ.*

L *Udovicus Molina de J. & J. tom. 2. tract. 2. disp. 573.
n. 25. & Felicianus Oliva de foro Ecclesia p. 3. q. 31.
n. 6. cum communi affirmant.*

2 *Negat Covarruvias lib. 1. var. resol. cap. 4. n. 2.*

3 *Probatur hæc posterior sententia : est generalis re-
gula in utrôque jure statuta, quòd actor sequi teneatur fo-
rum rei. c. 8. de foro competenti. l. 2. Cod. de jurisdictione om-
nium judicum. l. ult. Cod. ubi in rem actio. obtinens etiam
in materia restitutionis in integrum respectu minorum, in
multis aliàs juris articulis specialiter privilegiatorum l. 2.
Cod. ubi, & apud quem. ergò Ecclesia, restitutionem po-
stulans adversùs laicum, sequi tenetur forum laici; aut
ostendat privilegium, quo à generali regula exceptionem
sit sortita.*

Osten-

Ostendit, & objicit I. Quando Ecclesia agit ex jure & privilegio speciali, tunc potest illud deducere in judicio coram judice Ecclesiastico *c. pen. de rebus Ecclesiæ alienandis, vel non.* Ubi, cum monasterium quoddam enormiter esset læsum in contractu cum laico inito, præcipitur restitui in integrum per judicem Ecclesiasticum. Atqui Ecclesia, restitui postulans adversus laicum, agit ex jure & privilegio speciali, quia, quod ad exemplum minorum restituitur, venit ex speciali jure *cap. 1. de in integrum restitutione.* Ergo Ecclesia, restitui postulans adversus laicum, potest causam restitutionis deducere ad forum Ecclesiasticum. R. 1. ad majorem, in specie *capituli pen. de rebus Ecclesiæ alien vel non.* Causam restitutionis in integrum disceptatam fuisse à judice Ecclesiastico, vel quia laicus ille, adversus quem Ecclesia restitutionem postulaverat, etiam quoad temporalia subjectus fuit jurisdictioni Ecclesiasticæ: vel quia ex certis causis spes sat tuta non fuit, fore, ut Ecclesia apud judicem sæcularem consequatur justitiam. R. 2. ad minorem, *cap. 1. de in integr. restitut.* esse pro nobis: imprimis enim ibidem non negatur, judicem Ecclesiasticum æquè fuisse ipsorum laicorum, contra quos petitur restitutio, quàm Ecclesiæ judicem, eò quod illi laici Alphanenses Romanæ Ecclesiæ etiam quoad sæcularem jurisdictionem fuerint obnoxii.

Deindè dicitur in *d. cap. 1.* expressè, Ecclesiam jure minoris debere semper illæsam servari: minor autem tanto jure illæsus non servatur, ut restitutionem postulans forum rei sequi non teneatur: ergo etiam Ecclesia tanto jure & privilegio illæsa servanda non est, ut restitutionem postulans forum rei sequi non teneatur.

Objic. II. Remedio Canonis, *redintegranda. caus. 3. q. 1.* potest Ecclesia coram proprio judice adversus laicos agere, *per d. cap. 8. de foro competenti.* ergo Ecclesia, resti-

tutionem postulans adversus laicum, non tenetur sequi forum laici. R. cum *Glossa ad d. cap. 8. lit. H*, quòd, cùm *d. cap.* nominatim loquatur de malefactoribus laicis, id trahi non possit ad alios: quod enim de uno conceditur, de alio prohiberi videtur *c. 4. dist. 25*. Undè rectissimè *Covar. loc. suprà cit.* ingenuè fatetur, se non videre, quo jure contraria communis sententia circa restitutionem in integrum per argumentum mox formatum defendi possit, cùm in præsentì quæstione non tractetur de violentiâ illatâ Ecclesiæ, nec ejus patrimonio, nec de sacrilegio, nec de fraude, aut dolo, adversus Ecclesiam ex proposito in contractu admissio. Confer *Pirhing. de restit. spoliat. §. 13. n. 109. Fach. 8. controuv. cap. 12.*

Objic. III. Quandò sacrilegium committitur, in arbitrio stat actoris, malitnè contendere coram judice Ecclesiastico, an sæculari *d. c. 8. de foro competenti*. At, quandò Ecclesia læditur, committitur sacrilegium, saltem materiale, & largo modo acceptum, ut loquitur *P. Wagnereck ad d. cap. pen. de rebus Ecclesiæ alien. vel non.* ergò quandò Ecclesia læditur, stat in arbitrio ejus, malitnè contendere coram judice Ecclesiastico, an sæculari. R. majorem duntaxat procedere de sacrilegio formali, quod ipse *P. Wagnereck ad d. c. 8. de foro competenti* admittit, ubi ait, regulam illam generalem, quâ actor sequi tenetur forum rei, fallere quartò ratione oppressionis factæ per laicum, occupationis, aut detentionis rei Ecclesiasticæ, vel NB. doli commissi in contractu, inter clericum & laicum celebrato, vigore quorum clericus laicum potest trahere ad forum Ecclesiasticum. Ergò si Ecclesia in contractu læsa fuerit citrà dolum, seu quandò committitur sacrilegium tantummodò materiale, tenetur Ecclesia, restitutionem postulans, sequi forum rei, seu sæculare.



QUÆSTIO IV.

Possitnè Prælati legatum rei certæ immobilis, aut mobilis pretiosæ & servando servabilis, Ecclesiæ suæ in specie, & purè relictum, sine solennitatibus, ad alienationem rei Ecclesiasticæ necessariis, repudiare?

SUMMARIA.

1. *Prelatus temerè repudians legatum aut fideicommissum, Ecclesiæ relictum, tenetur reparare damnum, repudiando Ecclesiæ illatum.*
2. *Contrà quam repudiationem etiam restitutio in integrum locum habet.*
3. *Prelatus nequit legatum, Ecclesiæ relictum, sine solennitate in favorem alterius cedere.*
4. *Simpliciter autem repudiare potest in tantum, nè incurrat excommunicationem, & pœnas alias prestatas illis, qui bona Ecclesiæ sine solennitatibus alienant.*
5. *Utrùm simplex Prælati repudiatio ita subsistat, ut is, cui res indè acquiritur, in utròque foro securus sit? varia referuntur Doctorum opiniones.*
6. *Sententia negativa probatur tripliciter.*
7. *Solvuntur argumenta contraria.*

- 1 **S**atis inter Doctores convenit, Prælatum temerè repudiando legatum aut fideicommissum Ecclesiæ relictum, damnum Ecclesiæ dare, datumque ex propriis bonis reparare teneri. *Sanchez de matrimonio lib. 6. disp. 4. n. 15.* cum ex officio, adeoque lege Justitiæ ad bonam administrationem sit obstrictus, cui ejusmodi repudiatio adversatur. Accedit textus in *c. 2. caus. 12. q. 4.* ubi quicumque Ecclesiasticis rebus neglectum laboris exhibuit, ad restitutionem obligatur: & textus in *l. 7. Cod. arbitrium tutelæ*, ubi Imperatores Diocletianus & Maximianus rescribunt, quòd, quidquid dolo, latâ vel levi culpâ curatoris (cujus instar Prælatus est) minores amiserint, vel, cum possent, non acquisierint, hoc in tutelæ seu negotiorum gestorum utile judicium veniat.
- 2 Similiter satis certum est, Ecclesiæ contrà talem repudiationem per restitutionem in integrum succurri posse. Nam hodie certo jure utimur, ut & in lucro minoribus succurratur, quibus, si sine dolo cujusquam legatum repudiarint, subveniendum est. *l. 7. §. 6. & 7. ff. de minoribus 25. annis.* Ergò etiam subveniendum est Ecclesiæ, ut quæ in *cap. 1. de in integrum restitutione*, jure minoris semper illæsa servari jubetur.
- 3 Illud quoque contrà *Phanucium*, *Rolandum*, & *Socinum juniorem* verius judicant *Bartolus*, *Barbosa*, *Ripa*, & *Sanchez ubi supra n. 17.* Quòd Prælatus legatum Ecclesiæ relictum sine solennitate cedere nequeat in favorem alterius. Cùm enim per talem cessionem legatum hoc ipso prius deberet censi agnitum *arg. l. 6. Cod. de jure deliberandi*, hinc induceretur alienatio propriè ac strictè dicta, seu rei jam acquisitæ, quam sine debitis solennitatibus nullam esse, constat ex *l. 21. Cod. de SS. Ecclesiis, Nov. 7. 46. & 120. cap. 2. §. hoc jus porrectum. caus. 10. q. 2.* ubi citatæ constitutiones civiles referuntur. *c. 19. 34. 50. 51. 52. & passim caus.*

12. q. 2. c. 1. 7. & seq. De his, quæ fiunt à Prælato sine consensu capituli. cap. 1. 4. 5. 6. & 9. X. c. 1. & 2. de rebus Ecclesiæ alienandis, vel non. in 6. clem. 1. & 2. extravag. ambitiosæ. eod. inter communes.

Undè præsens dubium duntaxat procedit de repudiatione simplici, de cujus valore sub duplici respectu quæri potest. Primò, sitnè valida in tantum, ut Prælatus repudians non incurrat excommunicationem, & poenas alias in d. extravag. ambitiosæ. bona Ecclesiæ sine solennitate alienantibus præstitutas? Secundò, an ita valeat, ut is, cui res indè acquiritur, in foro tum interno, tum externo securus reddatur? Priore respectu validam esse, probabilius contendunt Sanchez d. disp. 4. n. 14. Zoës. ad tit. de rebus Ecclesiæ alienand. n. 7. Clariss. D. Finsterwalder lib. 4. observat. 41. n. 18. Contrà Vasq. Pinell. Azor. Ex ratione, quòd à diversis non fiat bona illatio arg. l. ult. ff. de calumniatoribus & l. 83. §. 5. ff. de V. O. præsertim in poenalibus, in quibus benignior interpretatio facienda est l. 155. in f. ff. de R. J. c. 49. eod. in 6. Atqui diversa sunt, alienare, & non acquirere l. 5. §. 13. & seq. ff. de donat. inter virum & uxorem. l. 6. §. 2. & 4. ff. quæ in fraudem creditorum. l. 28. princ. ff. de V. S. ergò &c. Adminiculatur huic opinioni, quòd odia restringi debeant, favores autem ampliari c. 15. de R. J. in 6. junctâ l. 168. princ. ff. d. tit. Certè Summus Pontifex sufficienter non declaravit, quòd Prælatum, sine solennitatibus repudiantem legatum Ecclesiæ relictum, subjicere velit poenis statutis in eos, qui res Ecclesiæ sine solennitatibus alienant: ergò non censetur voluisse subjicere; contrà cum enim, qui legem potuit dicere apertius, facienda interpretatio cap. 57. de R. J. in 6. Confirmatur: in dubio præferenda est pars mitior & benignior l. 9. l. 56. l. 192. §. f. ff. de R. J. Atqui est dubium, utrùm in extravag. ambitiosæ. nomine alienationis comprehendatur repudiatio legati:

ergò præferenda est pars mitior, seu quòd nomine alienationis repudiatio legati non contineatur.

5 Posteriore respectu an repudiatio valida sit, nec nè? resolvenda restat quæstio. *Lessius lib. 2. de J. & J. cap. 24. dubit. 11. n. 67.* utramque sententiam valdè probabilem dicit, suam non addit. *Sanchez d. disp. 4. n. 12. & Wadingus de contractibus disp. 4. dub. 12. n. 7.* repudiationem ut validam defendunt. Idem præstat *Pirhing ad tit. de rebus Ecclesiæ alienand. sect. 2. § 4. n. 41.* ubi cum *Paulo Laymann Theol. Mor. lib. 3. tr. 4. c. 10. n. 7.* testatur, hanc communio-rem esse. Econtra *Molina tom. 2. de J. & J. tr. 2. disp. 468. n. 12.* probabilius judicat, repudationem esse invalidam; quam sententiam *Hyacinthus Donatus in Praxi Regulari tom. 1. p. 2. tr. 14. q. 59.* non tantum communio-rem & verio-rem, sed verissimam ait, & à quâ nec in consulendo, nec in judicando recedendum sit. Labet huic subscribere.

6 Probatur I. Vox alienationis in *tit. de rebus Ecclesiæ alienandis, vel non*, comprehendit repudiationem legati, tum quia teste *Glossa ad cap. 5. d. tit. verb. alienationis. lit. O. & Pirhing eod. tit. sect. 1. §. 1. n. 2. & 4.* Largissimè ibidem accipitur: tum quia summa ratio est, quæ pro religione facit *l. 43. in f. ff. de religiosis & sumptibus funerum.* Ergò sicut Prælati sine consensu capituli, aliisque juris solennitatibus non potest rem Ecclesiæ alienare, ita nec poterit repudiare legatum rei immobilis, aut mobilis pretiosæ & servando servabilis, Ecclesiæ relictum.

Probatur II. Prælati non potest rem immobilem Ecclesiæ sine debitis solennitatibus alienare: ergò neque potest legatum rei immobilis Ecclesiæ relictum sine debitis solennitatibus repudiare. Conseq. prob. legato rei immobilis Ecclesiæ relicto, Ecclesia acquirit jus, quia legatum statim, immediatè, & rectâ viâ ab eo, qui legavit, ad eum, cui legatum est, transit *l. 77. §. 3. l. 80. ff. de legat. 2. l. 64. in f. ff. de*

ff. de furtis : & , quia jus hoc res incorporalis est , hinc æstimator jure objecti , censeturque res immobilis , ad quam tendit *arg. l. 9. pr. ff. de R. C. l. 52. ff. de aq. rerum Dominio. l. 72. l. 75. princ. l. 85. ff. de V. O. l. 143. ff. de V. S. l. 15. ff. de R. l. 1.* ergo non potest prælatus legatum rei immobilis Ecclesiæ relictum sine debitis solennitatibus repudiare.

Neque dicas I. Legato rei immobilis Ecclesiæ relictæ , Ecclesiam quidem acquirere jus , sed non nisi dependenter ab acceptatione Prælati , seu acquirere jus duntaxat fictum , & revocabile , conformiter Doctrinæ *Ludovici Mol. disp. 181. n. 1. & Christophori Haunold. de J. & J. tom. 2. tr. 7. cap. 3. contr. 9. n. 303.* qui in legatario triplex distinguunt dominium. Primum, dicunt, est, quod legatarius fingitur habere à puncto mortis testatoris usque ad aditionem hæreditatis, hocque appellant fictum. Secundum, quod habet ab aditione hæreditatis usque ad acceptationem, quod verum vocant, sed revocabile, quatenus legatum potest repudiari, quo facto legatarius nunquam censetur fuisse dominus. Tertium nominant irrevocabile, quod legatarius mediante acceptatione acquirit. Contrà enim insurgit *P. Engl. ad d. tit. de rebus Ecclesiæ alien. vel non. n. 9.* dicens, legatarium in legato pio non esse solum prælatum, ut is pro suo libitu repudiare valeat, sed totam Ecclesiam vel monasterium. Imò principali respectu, & ex fine legantis pro anima sua, ipsum Deum, à quo legata, donationes, vota, & promissiones piæ statim acceptantur. Hæc *P. Engl.* quò faciunt tradita ab *Haunoldo d. c. 3. contr. 14. n. 336. in f.* nimirum piam causam etiam antè aditam hæreditatem, legatum sive ab hæredibus, sive ab exsecutoribus, sive à quocunque, apud quem res exstiterit, vindicare posse. Confer. *Felic. Oliva de foro Ecclesiæ p. 3. q. 39. n. 31.*

Neque Dicas II. Jus, antè actualem acceptationem Prælati, Ecclesiæ in re legata competens, non tam esse jus,

H

quàm

quàm potiùs proximam potentiam acceptandi hoc numero legatum, quæ potentia patrimonium Ecclesiæ actualiter non auget.

Nam contra est, quòd nemo rem à quocunque vindicare possit, nisi qui obtinet rei illius dominium, quod est vera species juris in re. Atqui juxtà cit. *Hau-nold & Wadingum*, sententiæ nostræ aliàs non faventem, *d. dub. 12. n. 12.* potest Ecclesia, tanquàm pia causa, etiam antè aditam hæreditatem, legatum à quocunque vindicare: cui sententiæ, teste eodem *Wadingo*, praxis favet; ergò jus, antè actualem acceptationem Prælati, Ecclesiæ in re legatâ competens, est verum jus, adaugens patrimonium Ecclesiæ. Confer. *Covar. lib. 1. var. resolut. cap. 9. sub n. 5.* ubi ait, quòd, licèt legatarius possit legatum purè relictum repudiare, interim tamen, dum non repudi-
eum pertineat.

Probatur III. Pupillus non potest sine prætoris auctoritate fundum sibi legatum repudiare, quia talis repudiatio esset alienatio, cùm nemo dubitet, illum fundum esse pupilli *l. 5. §. 8. ff. de rebus eorum, qui sub tutela &c.* ergò dominium rei legatæ à pupillo acquiritur antè acceptationem: ergò etiam ab Ecclesia, cui non minùs favendum est, quàm privato pupillo *arg. d. l. 43. in f. ff. de relig. & sumpt. fun.*

Neque dicas I. Cum *Panormitano*, speciale id esse in pupillo, ut qui omnimodâ rerum suarum administratione caret. Nam contrà est, quòd, si ratio legis consisteret in defectu administrationis, pupillus saltem cum consensu administrantis tutoris legatum repudiare posset: at neque hoc admittit textus, sed requirit auctoritatem prætoris: ergo etiam Ecclesia, quæ pupillo & minori comparatur, cum solius Prælati, tanquàm tutoris consensu legatum sibi relictum repudiare nequit, sed insuper superioris, Prætori similis, auctoritas requiritur.

Neque

Neque dicas II. Cum *Sanchezio*, omissionem lucri circa pupillum esse impropriad quādam alienationem. Nam contra est, quod JCrus in *d. l. 5. §. 8.* illam pupilli repudiationem dicat indubitatam alienationem, non ex eo capite, quod pupillus fundum sibi legatum acceptando lucrari potuisset, sed quod defacto res sit pupilli.

Neque dicas III. Cum *Wadingo*, textum exaudientum esse de repudiatione, post agnitum legatum factā. Quam responsionem ille colligit ex eo, quia Ulpianus tanquā certum proponit, repudiationem esse veram alienationem, quod tamen eidem Ulpiano antè acceptationem certum non est in *l. 6. §. 2. & 4. ff. quæ in fraudem creditorum.*

Nam, præterquā quod non nisi legatum, necdum agnitum, propriè dicatur repudiari; contra est ulterius, quod, quamvis JCrus ex eo, quia fundus pupillo legatus certò res pupilli est, respondeat, repudiationem legati sine prætoris autoritate factam, tanquā certam & indubitatam speciem alienationis, nullam esse, hinc tamen, non sequatur, eundem respondisse de repudiatione legati agniti; aut certè sequeretur, ab Ulpiano Domitianam quæstionem resolutam fuisse, cum nemo unquā dubitare potuerit, quin fundus jam acceptatus, sine prætoris autoritate, à pupillo refutari aut abdicari nequeat. Ad textum in *d. l. 6. §. 2. & 4. ff. quæ in fraudem creditorum* &c. statim dabitur respondendi occasio. Interim

Neque dicas IV. Cum *Haunoldo*, tertio nostro argumento probari quidem dominium aliquod revocabile, non autem strictius sumptum. Nam contra est partim id, quo secundum nostrum fundamentum ab adversariorum responsionibus vindicatum fuit: partim quod ipse *Haunoldus* admittat, repudiationem legati esse saltem aliquam alienationem seu extinctionem juris acceptandi legatum, pupillo denegatam: ergo non potest Prælatus sine

solennitatibus jus hoc extinguere seu alienare, quia verè alienaret aliquid pertinens ad patrimonium Ecclesiæ.

7 Objic. I. Esto donatio, tanquàm species alienationis, inter conjuges sit prohibita, si tamen maritus legatum sibi relictum in favorem uxoris suæ repudiet, valet repudiatio *l. 5. §. 14. ff. de donat. inter virum & ux.* ergò etiam, esto Prælato prohibita sit alienatio rerum Ecclesiæ, si tamen legatum Ecclesiæ relictum in favorem alterius repudiet, valebit repudiatio.

R. à donatione conjugum ad alienationem Prælatorum hinc malum duci argumentum. Prohibitio donationum est odiosa, quia rescindit actum, aliàs de Jure Civili validum, consequenter est restringenda, prout etiam ex hac ratione ab ipsis legibus passim restringitur. Videatur *Glossa ad d. l. 5. §. 8. ff. de rebus eorum, qui sub tutela &c. in verb. pupilli &c.*

Econtra prohibitæ alienationes rerum Ecclesiæ sunt valdè favorabiles, & ideò latissimè interpretandæ. *Pirhing ubi supra à sect. 1. §. 1. n. 2. & 4.* Undè etiam res Ecclesiæ alienata, ab ipsomet alienante revocari potest *c. 6. de rebus Ecclesiæ alienandis, vel non.* Quamvis aliàs nemini liceat, proprio facto contravenire *per l. 25. princ. ff. de adoptionibus, & emancipationibus, & aliis modis, quibus potestas solvitur.*

Objic. II. Cum *D. à Someting*: esto debitor prohibeatur patrimonium suum, in fraudem creditorum deminuere, legatum tamen sibi relictum licitè potest repudiare *l. 6. §. 2. & 4. ff. quæ in fraudem creditorum &c.* ergò etiam Prælatus poterit repudiare legatum Ecclesiæ suæ relictum.

R. 1. Argumentum hoc nimium probare, consequenter nihil: probat nimirum, Prælatum non peccare contra obligationem, & officium suum, si legatum Ecclesiæ relictum sine causa repudiet; cùm tamen expeditum sit, quòd præpositus ad rem Ecclesiæ utiliter gerendam, & commoda ejus procuranda, malè, & contra officium suum agat, si utili-

utilitatem & commodum Ecclesiæ negligat, quod non tantum fit inferendo damna, sed etiam omittendo lucra. R. 2. Neg. conseq. disparitas est, quod actio pauliana magnam affinitatem habeat cum actione rescissoria, & ad illius exemplum valde odiosa sit, non tantum, quia rescindit actum de Jure Civili validum, sed etiam, quia coercet fraudes à debitoribus admissas. Unde etiam in §. 6. *Inst. de actionibus*, duntaxat de eo casu mentio fit, quo quis rem suam in fraudem creditorum alicui NB. tradidit; per quod actio pauliana, tanquam odiosa, ipso jure restringitur, conformiter dispositioni Juris Canonici in *d. c. 15. de R. J. in 6.* Econtra nullitas repudiationis rei Ecclesiasticæ valde favorabilis est, consequenter extendenda.

Objic. III. Juxta vulgare Doctorum apud *Tob. Ottonem Tabor in thesauro locorum communium Jurisprudentiæ lib. 1. cap. 25. axiom. 45.* magis favendum est validitati actus, quam statuenda ejusdem nullitas: ergo repudiatio legati non debet haberi pro alienatione legati. R. ex eodem *Tabor loco cit.* axioma antecedentis non procedere, quoties stante actu valido induceretur delictum, aut quis delinqueret in officio, ut fieret in proposito: tunc enim actus potius nullus est. Confer *Mantica de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 15. n. 13. Ant. Gabriel. commun. conclus. lib. 2. de jurejur. conclus. 1. n. 3.*

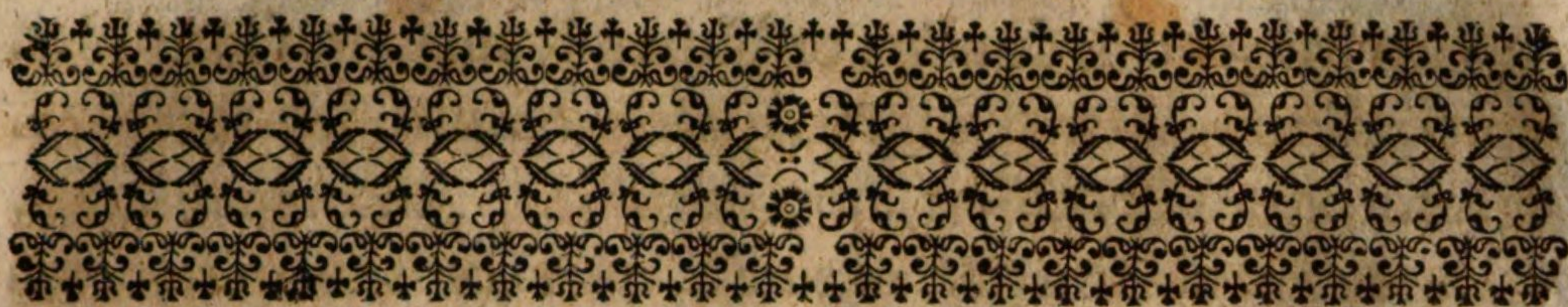
Objic. IV. Non debemus esse profusi in solennitatibus exigendis ad valorem actus, qui propterea à faciliiori sui exercitio sæpius impeditur: ergo repudiatio legati Ecclesiæ relictæ à prælato facta subsistit, esto solennitates, ad alienationem strictè dictam de jure requisitæ, non interveniant.

R. Iterum, antecedens procedere de actu aliàs licito, non autem illicito, qualis est repudiatio legati Ecclesiæ relictæ, quâ factâ Prælatus in omnium sententiâ peccat contra obligationem & officium suum, quamque modis omnibus impediri, Ecclesiæ interest. I Ob.

Objic. V. Et ult. stando in jure naturæ repudiatio legati, Ecclesiæ relicti, non est alienatio: ergò neque est inspecto jure positivo, cum sit sententia certò probabilis, quòd Prælatus legatum, Ecclesiæ relictum, validè repudiare possit sine solennitatibus. In conflictu verò duarum opinionum illam amplecti convenit, cui suffragatur jus naturæ; quia relicto jure dubio & controverso amplecti decet jus clarum & liquidum.

R. Sententiam, quæ repudiationem legati sustinet validam, esse certò probabilem ab extrinseco, quatenus defenditur à viris gravibus, & authoribus in materia canonum celebratissimis. Ab intrinseco autem probabilis non est, tum quia luculenter hactenus ostensum est, fundamenta, quibus nititur, tam solida non esse, ut facili operâ convelli non possint: tum quia in materia prohibitæ alienationis rerum Ecclesiasticarum, quippe Ecclesiis valdè favorabili, nomen alienationis latissimè accipitur, adeoque pro Dominii, aut alterius cujusunque Juris, quod Ecclesiæ est, translatione in alium: atqui, legato Ecclesiæ relicto, Ecclesia certò consequitur jus, quod repudatione à Prælato factâ transfertur in alium: ergò intrinseca probabilitas constare non potest sententiæ, sustinenti, quòd legato Ecclesiæ relicto, & à Prælato repudiato, non fiat alienatio rei Ecclesiasticæ, sine solennitatibus à jure prohibita.





QUÆSTIO V.

Utrùm testamentum, coram Parocho,
& duobus testibus ad causas pro-
fanas à laico conditum, etiam extra
Divi Petri patrimonium, seu tem-
porale territorium Papæ, subsistat?

S U M M A R I A.

1. *Adducuntur Auctores sententiæ affirmantis.*
2. *Recensentur negantis.*
3. *Quæ probatur.*
4. *Solvuntur contraria, & explicatur cap. 10. de testa-
mentis.*

ITa volunt *Hostiensis* ad cap. cum esses. 10. de testamentis. 1
n. 4. *Alicat.* in l. 1. in verb. liber hic stylus. *Cod. de SS.*
Ecclesiis. *Panormit.* ad d. cap. 10. sub n. 8. *Fagnanus*
ibid. n. 44. *Eminentis.* *Sfondrati* tr. de lege in presumptio-
ne fundatâ part. 2. §. 1. n. 4.

Negativa tamen sententia communis est, teste *Ni-* 2
colao Boerio decis. 93. n. 4. & verior teste *Henrico Wagnereck*
ad d. cap. 10. de testamentis.

Probatur: Summus Pontifex apparatus Solenni- 3
tatum civilium, quò pertinet septenarius testium nume-
rus, nec voluit, nec potuit disturbare: ergò testamentum,

coram Parocho & duobus testibus ad causas profanas à laico conditum, extrà Divi Petri patrimonium, seu temporale territorium Pontificis, non subsistit. Antecedens quoad prius membrum patet exindè, quia constitutio *cap. cum esses. 10. de testamentis*, tantum directà est ad Episcopatum Hostiensem, Sedi Apostolicæ tam quoad politica, quàm negotia animæ subiectum. Quoad membrum posterius autem constat antecedens exindè, quia legislator civilis inter alias solennitates testamentarias in *l. 21. princ. l. 26. Cod. de testamentis. § 3. Inst. de testament. ordinand.* determinans septenarium testium numerum, nihil iniqui determinat, sphaeram activitatis suæ non excedit, utpotè circa materiam profanam disponens: neque etiam ansam præbet peccatis, sed potius conatur viam præcludere fraudibus, quibus aliàs testamenta solent esse obnoxia *§. 4. Inst. d. tit. l. ult. Cod. de fideicommissis*. Ergò septenarius testium numerus, à legislatore civili ad testamentum laici requisitus, non subjacet authoritati censoriæ summi Pontificis, *arg. cap. 6. § 10. dist. 96. c. 13. de jud. cap. 7. qui filii sint legitimi*.

- 4 Objic. I. Sanctio Canonica, quâ lex civilis, aut consuetudo adversa juri divino reprobatur, in foro etiam sæculari observari debet *c. 2. dist. 8. cap. qui resistit potestati. 97. caus. 11. q. 3.* Atqui Sanctio *d. cap. cum esses. 10. de testamentis*, est canonica, corrigit legem civilem, & consuetudinem adversam juri divino, dum Alexander III. ibidem improbat consuetudinem, quâ testamentà, quæ fiunt in ultima voluntate, penitus rescindebantur, nisi cum subscriptione 7. vel 5. testium fierent, secundum quod leges humanæ decernunt, cum tamen jure divino *Deuteron. 19. cap. vers. 15. Matthæi 18. cap. vers. 16. Epist. 2. ad Corinth. cap. 13. vers. 1. & ad Hebræos 10. cap. vers. 28.* in ore duorum aut trium stet omne verbum: ergò Sanctio dicti *cap. 10. de testamentis*. in foro etiam sæculari observari debet. R. Ad
mino.

minorem I. Negando, quòd Sanctio Canonica in *d. c. 10.* corrigat legem civilem, adversam juri divino; hoc enim Alexander III. ibidem non dicit, sed ita: *quia verò à divina lege, & SS. Patrum Institutis, & à generali Ecclesiæ consuetudine id noscitur esse alienum &c.* hoc est, jure divino necessarium non esse, neque ad testamentum determinatè septem testes exigi, sed duos aut tres sufficere, quibus ordinariè prudenter credatur.

Certè si adversarii *memoratum capitulum* in eo rigore accipere vellent, quòd de jure divino in omnibus causis præcisè duobus vel tribus testibus credi debeat, neque jure humano plures desiderari valeant, tunc Sequeretur I. Ipsum Alexandrum III. in *c. 23. de testibus* expressè contrà Jus Divinum dixisse, dum ibidem dixit, esse quasdam causas, quæ plures, quàm duos testes exigant.

Sequeretur II. Contrà jus divinum in *cap. 2. & 3. caus. 2. q. 5.* ad condemnationem Episcopi septuaginta duos: ad condemnationem Presbyteri Cardinalis quadraginta quatuor: ad condemnationem Diaconi Cardinalis viginti septem: & ad condemnationem aliorum Clericorum Urbis Romæ septem testes requiri.

Sequeretur III. Concilium Tridentinum adversum esse Juri Divino, dum *sess. 24. de reformat. matrim. cap. 1.* ad valorem matrimonii præter duos testes desiderat præsentiam Parochi.

Sequeretur IV. Ipsum *Panormitanum, Clarum, Covar. Molinam, Pirhing,* & alios Juris Canonici Interpretes contrà jus divinum respondere, dum ad substantiam testamenti præter duos testes (quibus de Jure Divino credi deberet) de Jure Canonico etiam Parochum, vel loco Parochi duos alios, adeoque quatuor testes requirunt. Quæ omnes sequelæ quàm absurdæ sint, nemo est, qui non videat.

R. 2. Disting. minorem: Sanctio Canonica in *d. c. 10. de testamentis*, corrigit consuetudinem adversam Juri Divino, hoc est, consuetudinem, quæ est contrà jus Divinum, concedo,

quæ est præter jus divinum, nego minorem, & consequentiam.

Objic. II. Ea vis est consuetudinis, ut præexistentem legem possit tollere §. II. *inf. Inst. de J. N. G. & C. l. 32. §. 1. in f. ff. de ll.* Atqui est generalis Ecclesiæ consuetudo, quòd testamenta, quæ Parochiani coram Presbytero suo, & tribus, vel duabus aliis personis idoneis in extrema faciunt voluntate, firma permaneant *d. c. 10. de testamentis*, ergò &c. R. Disting. majorem, ea vis est consuetudinis, ut præexistentem legem in suo foro possit tollere, concedo, ut possit tollere in foro alieno, nego. Pontifex in memorato *cap. 10.* loquitur de generali consuetudine locorum, Ecclesiæ etiam quoad Jurisdictionem temporalem subditorum, cui vult ut se conformet civitas Hostiensis, quæ itidem est de temporali jurisdictione Romanæ Ecclesiæ.

Objic. III. Esto rescripta Imperatorum initio ad certas causas, personas, loca, & tempora dirigantur, si tamen postea auctoritate publicâ importentur in Corpus Juris, sortiuntur vim legis universalis *arg. c. 19. de sent. & re jud. l. ult. in princ. Cod. de ll.* ergò etiam, licet rescriptum Alexandri III. in *d. cap. 10. de testament.* directum sit ad Episcopum Hostiensem, quia tamen postea à Gregorio IX. Corpori Juris Canonici insertum fuit, jus erit non particularis duntaxat, sed universalis Ecclesiæ, præsertim cum promoveat supremas voluntates, quarum causa in jure admodum favorabilis est *cap. 15. circa medium. de testamentis. l. 10. inf. princ. ff. de inofficioso testamento.* consequenter amplianda *arg. c. 15. de R. l. in 6.*

R. 1. Neg. consequentiam. Nam ex inscriptione, ex subjectâ materiâ, & rationibus aliis supra datis apparet, mentem Gregorii Pontificis non fuisse, dictum rescriptum Alexandri tanquàm commune jus Ecclesiasticum proponendi, quemadmodum nec illud Clementis III.

tis III. in *cap. 1. de locato*, pro Academicis Bononiensibus statutum, tanquàm generale, sed locale saltem agnoscit *Gonzalez*, utut dissentiat *Hostiensis apud Wagnereck ad d. c. 1. in f.* R. 2. Disting. consequens: erit universale respectu ditionum, Ecclesiæ quoad jurisdictionem tam temporalem, quàm spirituales subjectarum, esto, subjectarum tantummodò quoad jurisdictionem spirituales, nego consequentiam.

Objic. IV. Præcepta juris naturalis sunt immutabilia *d. §. 11. Inst. d. J. N. G. & C. c. ult. de consuetud.* Atqui præceptum, quòd in ore duorum aut trium stet omne verbum, est præceptum divinum morale seu juris naturalis, cum habeatur in Evangelio *Matth. 18. cap. vers. 16. ibi: adhibe tecum adhuc unum, vel duos, ut in ore duorum vel trium testium stet omne verbum.* ergò &c. R. Dist. minorem: est juris naturalis hoc sensu, quòd ex ore unius nemo debeat judicari, esto, est juris naturalis hoc sensu, quòd Princeps intrinsecè malum faciat, statuendo, nè testamentum aliter valeat, quàm si septem testes adhibeantur, nego minorem. Hoc posterius si intrinsecè malum esset, tunc ipsemet summus Pontifex à lege naturali deflexisset, dum præter duos testes, præsentiam Parochi ad testamentum requisivit. Confer *Covar. ad d. c. 10. de testamentis. n. 3.*

Objic. V. & ultimò. In materia peccati, spreto Jure Civili, in terris etiam Imperii assurgendum est Juri Canonico, *per c. 3. & 4. dist. 10. c. 11. Dist. 96. cap. novit. 13. de jud. c. 6. de majoritate & obed. Extravag. unam sanctam. eod. inter communes.* Atqui præsens materia est materia peccati, tum quia impedire executionem ultima voluntatis, de quâ per parochum & duos testes, omni exceptione majores, constat, peccatum est *arg. c. 4. caus. 13. q. 2. & l. 1. Cod. de SS. Ecclesiis.* Tum quia impugnans testamentum, solennitatibus civilibus vacuum, percelli jubetur excommu-

nicationis fulmine *sapè d. c. 10. de testamentis*, quæ poena, utpotè gravis, supponit culpam gravem *c. 41. & seq. caus. 11. q. 3. cap. 10. de jud.* ergò &c. R. 1. Negando suppositum minoris: neque enim per leges testamentarias civiles impeditur exsecutio ultima voluntatis justæ, sed malitiôsæ duntaxat illius subversiones excluduntur. R. 2. Disting. minorem, in terris pleno jure Pontifici obnoxiiis, impedire exsecutionem ultimæ voluntatis, de quâ per Parochum & duos testes, omni exceptione majores, constat, peccatum est, concedo, in terris, quoad solum regimen spirituale animarum Pontifici obnoxiiis, impedire exsecutionem ultimæ voluntatis, de quâ per parochum & duos testes omni exceptione majores constat, peccatum est, nego minorem. Similiter testamentum, solennitatibus civilibus vacuum, ubicunque impugnans percelli jubetur excommunicationis fulmine, nego, impugnans in terris, pleno jure Pontifici obnoxiiis, concedo minorem. Materia testamentorum est adiaphora & indifferens, in quâ proindè jus quodlibet quoad suum forum servari debet.

c. 6. dist. 96.



QUÆ.



QUÆSTIO VI.

Possintne laici præscribere decimas,
seu jus decimandi?

SUMMARIA

1. *Etymon & definitio decimarum.*
2. *Proponitur Controversia.*
3. *Referuntur distinguendum opiniones.*
4. *Jus decimandi directum à laicis nullo tempore præscribi potest.*
5. *Antè Concilium Lateranense jus decimarum etiam ex privilegio Episcoporum laicis in feudum perpetuum concedi potuit.*
6. *Postea autem facultas hæc ex certâ ratione fuit adempta.*
7. *Quo tamen non obstante commoditas decimarum ab Episcopo vel Parocho in laicos transferri potest.*
8. *Laici conversi capaces sunt decimarum spiritualium seu Ecclesiasticarum.*
9. *Et meri laici decimarum merè laicalium.*
10. *Jus decimandi utile à directo non nisi ex privilegio Pontificis separari potest.*
11. *Jus decimandi Ecclesiasticum utile post Concilium Lateranense à laicis merè talibus per viam præscriptionis ordinariæ aut extraordinariæ 30. vel 40. Annorum acquiri non potest.*
12. *Describitur præscriptio immemoralis.*
13. *Referuntur Authores, qui eandem cum centenariâ confundunt.*

14. *Recensentur contrarii, & adducuntur effectus præscriptionis immemorialis.*
15. *Ad quam non semper sufficit spatium 100. Annorum.*
16. *Nec semper requiritur.*
17. *Nec eidem officit, esto constet, aliquando fuisse contrarium.*
18. *Laici nè quidem tempore immemorali jus utile decimandi præscribere possunt.*
19. *Diluuntur argumenta contraria.*

¹ **D**ecimæ, in vernaculâ nostrâ *der Zehend* / à decima parte dictæ *cap. 1. de decimis, primitiis, & oblationibus*. Sunt quota fructuum, vel lucri liciti portio, Deo in recognitionem universalis ac supremi dominii debita, & ministris Ecclesiæ, intuitu spiritualis ministerii quotannis solvenda. Colligitur ex *cap. 14. 23. & 26. d. tit.* ubi

² Controversia gravis est, possintnè laici præscribere decimas, seu jus decimandi?

³ Sunt, qui jus decimandi directum separent ab utili. Directum, seu spirituale & primum dicitur, quod fundatur in titulo spirituali, seu munere administrandi v. g. Sacramenta. Utile, seu temporale & secundarium vocatur, quo habetur jus percipiendi decimam fructuum partem absque respectu ad spirituale Officium. Jus decimandi priore modo acceptum negant præscribi posse à laicis. Jus decimandi posteriore modo sumptum docent præscribi posse à laicis, tempore si non extraordinario 30. vel 40. annorum, saltem immemorali. Ita *Lessius de J. & J. lib. 2. cap. 39. dubit. 4. n. 19.* quo distinctionis medio *Clariss. D. Benedictus Finsterwalder, lib. 3. pract. observat. ad consuetudines Archi-Ducatus Austriae superioris obs. 26. n. 33.* salvare conatur constitutionem provincialem inferioris Austriae de
juribus

juribus incorporalibus *tit. 6. §. 1.* ubi jus decimandi per præscriptionem ad laicos venire posse, constitutum est, per formalia: wann sie anderst dieselbe mit rechtmässigen Titul / oder Verjährung an sich gebracht haben.

Ut dilucidè appareat, quid in ardua hac controversia sentiam, lubet imprimis certa ab incertis secernere.

Certum itaque est primò, Jus decimandi directum 4
à laicis nullo unquam tempore præscribi posse, cum laici incapaces sint tituli spiritualis, & juris indè consequentis. *cap. decimas. 1. caus. 16. quest. 7. cap. 7. de præscript. c. 15. 17. 19. & 25. de decimis.*

Certum est secundò, antè Concilium Lateranense, 5
quod circa Annum 1179. sub Alexandro III. Celebratum fuit, jus decimarum non solum ex privilegio Papæ, sed etiam Episcoporum, laicis in feudum perpetuum, vel emphyteu-
sin concedi potuisse.

Certum est tertio, post memoratum Concilium, 6
vel, ut alii volunt, jam prius ab Urbano II. qui Anno Æræ Christianæ 1099. decessit, præfatam facultatem infeudandi laicos, penitus ademptam esse. *1. feud. 6. c. 1. d. cap. 19. de decimis.* Ut ratione hæc coerceretur abusus & prodigalitas, quâ Prælati Ecclesiastici in detrimentum Ecclesiarum laicis decimas concedebant. *Ernricus Pirhing lib. 3. Jur. Can. tit. 30. sect. 7. §. 2. n. 141. inf.*

Certum est quarto, etiam absque privilegio Ponti- 7
ficio, aut infeudatione legitimè factâ, laicos decimas detinere, aut justè percipere posse, si sola commoditas seu licentia, nomine Ecclesiasticorum colligendi decimales fructus, ab Episcopo vel Parocho, adhibitis solemnitatibus aliàs de jure necessariis, in laicos transferatur. *cap. 2. de locato.*

Certum est quinto, laicos conversos, etiam si nullo 8
clericali ordine insigniti sint, ut Equites Melitenses, Hospitalarii, & Teutonici Ordinis, decimas possidere posse;

quia merè laici non sunt, sed connumerantur quodammodo monachis, propter eadem ordinis sui substantialia vota.

Henricus Canisius de decimis cap. 13. n. 4.

- 9 Certum est sextò, laicos capaces esse decimarum merè laicalium, quales sunt, quæ solvuntur titulo merè profano, & exiguntur instar tributi, à Dominis temporalibus, prædiis aliquando impositi. *P. Engl Colleg. Jur. Can. tit. de decimis. §. 2. n. 22. ad finem.*

- 10 Certum est septimò, decimas Ecclesiasticas non nisi ex privilegio Pontificio penitus separari posse à spirituali titulo, ita ut fiant quasi laicales, & concedantur laicis in perpetuum, tanquàm bona patrimonialia sæcularia, quo facto cuicunque vendi, permutari, & donari possunt. *Felicianus de Oliva de foro Ecclesiæ. p. 1. q. 7. n. 58.*

Cardo igitur Controversiæ in eo rotatur, utrùm jus decimandi Ecclesiasticum utile post Concilium Lateranense à laicis merè talibus per viam præscriptionis acquiri possit? Ubi, si de præscriptione ordinariâ, vel extraordinaria 30. vel 40. annorum quæstio exaudienda, sine hæsitatione.

- 11 Resp. negativè. Tum propter textum in *d. cap. 7. de præscript.* ubi Alexander III. Summus Pontifex Parmensi Episcopo mandavit, ut in causâ decimarum, inter nobilem aliquem & clericum vertente, sententiam ferret contra nobilem, non obstante præscriptione temporis, quam hic opponere voluit, additâ ratione, quia, cùm laici decimas detinere non possint, eas nullâ valent præscribere ratione.

Tum propter textum in *d. cap. 15. de decimis.* ubi idem Alexander III. jubet, ut Episcopus Ambianensis donationem decimæ, ab Abbate quodam, laico & hæredibus ejus factam, juribus carere decernat; & nisi laicus decimam Ecclesiæ liberè resignaverit, eundem vinculo excommunicationis adstringat, ex ratione, quòd sanctuarium Dei jure hæreditario possideri non debeat.

Undè sic licet discurre:
re: sine

re: sine possessione nulla currit præscriptio *cap. 3. de R. J. in 6.* Atqui jus utile decimandi nequit à laicis possideri, tanquam proprium *d. c. 7. de præscript. d. c. 15. de decimis.* Ergò &c.

Neque possunt citata jura ad solum jus decimandi directum restringi, cum respectu illius aliundè nimis aperta sit laicorum incapacitas.

Quòd si verò status controversæ quæstionis procedat de præscriptione immemoriali, tunc, antequàm respondeam,

Prænoto, præscriptionem immemoriam esse illam, ¹² de cujus initii memoria, ætate hominum defacto viventium, non constat. Colligitur ex *cap. 26. de V. S. & l. 3. §. 4. ff. de aquâ quotidiana & æstiva.*

Hanc cum centenaria confundunt Cynus in *l. 2. Cod. de servit. & aquâ. q. 9.* Harp. ad princ. *Inst. de usucap. n. 218.* ubi ait, discrimen nullum moribus suis inter utramque observari. Barthol. Capolla de *servit. tract. 1. cap. 19. n. 5.* Bach. in *Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 4. lit. L. & M. in f.* ¹³

Verùm à prudentioribus Jureconsultis benè notatum ¹⁴ esse, testatur Grotius de *Jure Belli & Pacis. lib. 2. cap. 4. §. 7.* Quòd tempus memoriam excedens, non planè idem sit cum centenario. Inter hos prudentiores numerantur Molina de *J. & J. tom. 1. tr. 2. disp. 76. n. 1.* Carpz. p. 2. *Jurisprud. for. constit. 1. def. 7. n. 1.* Arnold. Rath de *usucap. cap. 5. assert. 47. lit. A.* Clariss. D. Chlingensperger de *operis subditorum c. 5. assert. 52. n. 3.* Nam præscriptioni immemoriali specialia competunt privilegia, quibus centenaria exornata non videtur. Sic in centenaria aliquandò saltem, & quandò juris vehementior præsumptio militat in contrarium, justus titulus requiritur. *DD. in cap. 17. de præscript.* In immemoriali nunquàm allegatur vel probatur, sed ex decursu tanti temporis præsumitur. Covar. ad *cap. possessor malæ fidei. 2. de R. J. in 6. part. 2. §. 3. n. 6.* Pirhing lib. 2. *J. Can. tit. 26. sect. 3.*

§. 7. n. 127. *Mol. d. loc. n. 2. Wagnereck ad cap. 1. de præscript. in 6.*

Deindè præscriptio temporis immemorialis non est tam difficilis probationis, quàm præscriptio centenaria. Ad hujus enim probationem requiritur depositio testium præcisè de tempore 100. annorum. *Molina ubi supra n. 4.* Econtrà ad probationem illius sufficit, si testes asserant, se vidisse, semper ita fieri, & nunquàm vidisse, contrarium actum fuisse : & à senioribus ac majoribus audivisse, id ita factum fuisse, nec unquàm audivisse, contrarium actum esse : atque hujus rei publicam esse famam, & opinionem apud eos, qui rei cognitionem habent. *Schneidewin. tit. de usucap. rubr. de speciebus præscr. §. 6. n. 37. fol. m. 231. Covar. d. §. 3. n. 7.* Ubi simul exigit, ut de re hac testificaturi ejus sint ætatis, ut memores esse, & exponere possint, quid actum fuerit 40. annis ; consequenter in præscriptione temporis immemorialis testes saltem deberent esse 54. annorum, & de 40. annis deponere. In quo discordat *Mol. d. disp. 76. n. 5.* contentus iis, quæ antea ad probationem immemorialis præscriptionis desiderata fuerunt, licèt testes tantùm 48. aut 50. annorum essent. Ex dictis

15 Patet primò, erroneam esse opinionem, quâ *Guido Papa q. 573.* existimavit, sufficere ad præscriptionem immemoriam spatium 100. annorum. Nam immemoriale est, cujus memoria non est in contrarium. At fieri potest, quòd ejus, cujus non est memoria in contrarium à centum annis, memoria sit in centum & decem, vel viginti annis, ergò &c.

16 Patet secundò, non subsistere differentiam, quam inter præscriptionem unam & alteram assignavit *Pirhing. d. §. 7. n. 127.* dicens, præscriptionem immemoriam à centenaria differre in eo, quòd, quamvis illa nullum certum annorum terminum requirat, excedere tamen debeat 100. annos, utpotè finem vitæ longævæ hominis, per textus in

l. 56. in f. ff. de usufructu &c. & l. 23. princ. Cod. de SS. Ecclesiis.

Esto enim non abnuam, præscriptionem temporis immemorialis aliquando excedere posse tempus 100. annorum, id tamen necessarium non est; neque corrumpit memorata præscriptio, si testes infra 100. annos expressim deponant, dummodò de auditu, ac communi & publicâ famâ testificentur.

Patet tertio, præscriptioni immemoriali non officere, 17
quamvis constet, quòd aliquandò fuerit contrarium, seu quòd possessio antè tot & tot annos necdum fuerit apud antecessores moderni possessoris. Diversissima enim sunt, de contrario constare, & de initii memoriâ contrariâ constare. De hac si constaret, destrueretur conceptus præscriptionis immemorialis *d. cap. 26. de V. S. & d. l. 3. §. 4. ff. de aquâ quotid. & æstivâ.* De illo si constet, non destruitur, quia, licèt antè 200. vel 300. annos possessio mea non fuerit, hinc tamen non sequitur, expostfacto meam factam non esse, quam proinde si per tempus hominum memoriâ excedens me habuisse probare possim, habeo intentionem in jure fundatam, censeorque possessionem legitimè nactus. Scio equidem, quòd in *cap. 1. de consuetudine in 6.* illa consuetudo, & in *c. 1. de præscript. in 6.* illa præscriptio immemorialis dicatur, cujus in contrarium non exstat memoria. At meminisse oportet, textus textibus explicandos, proindeque memorata duo capitula intelligenda esse de initii memoria in contrarium; seu de memoria gestorum antè vitam hominum modò existentium. Undè etiam immemorialitati non obstant monumenta, historiæ, instrumenta, documenta, & libri antiquissimi, ex quibus constat de memoria in contrarium, & recordari possumus eorum, quæ antè tria & plura sæcula acta sunt, quia memoria hæc non est hominum modò adhuc viventium, sed præterita quædam unacum intellectu

& voluntate humanâ. Certè si hominum memoriam excedere negaremus, quorum ex historiis recordari possumus, sequeretur, nec à mundo condito, nec à nativitate Domini & Salvatoris nostri, nec à Monarchia Assyriorum, Persarum, Græcorum &c. tempus immemoriale lapsum esse, cum de his omnibus sacræ Paginæ, & alia historiarum monumenta perhibeant testimonia. *David Mervius consil. 3. n. 81.* Falsum quoque esset, majoratus immemoriali tempore suos debere ortus, quoniam constat, quòd omnes, aut ferè omnes majoratus Hispaniarum cæperint post tempora Principis Pelagii, qui Hispanias à Saracenis primus cæpit vindicare. Confer *Mol. d. disp. 76. n. 3. P. Engl de decimis §. 2. n. 30. D. Chlingensperg. d. cap. 5. assert. 51. n. 4. D. Blumla-cher p. m. tr. de servit. c. 3. q. 5. n. 1. Consilium Juridicum Besoldi in puncto Ritterschaftlicher Collection apud D. Ant. Guiliel. Ertel observat. Illustr. juridic. equest. 30. pag. m. 310.* Ipsum Consilium habetur in thesauro pract. verb. Ritterschaft. & ad rem fol. m. 813. Plures effectus præscriptionis immemorialis recensent *Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 1. cas. 43. n. 3. & seqq. Pirhing d. §. 7. n. 128. Myns. cent. 1. obs. 30. Gail. 1. obs. 21. n. 15. ad f.*

Hoc prænotato

- 18 Respondeo ulteriùs negativè, ac contendo, laicos nè quidem tempore immemoriali jus utile decimandi præscribere posse. Ita *P. Engl de decimis §. 2. n. 39. Pirhing. de præscript. sect. 2. §. 2. n. 42. in verb. notandum secundò. Mol. d. tr. 2. disp. 75. n. 6. Laym. Theol. mor. lib. 4. tr. 6. cap. 6. n. 8. Zoës. de decimis. n. 51.* Probatur unicâ, sed efficaci ratione. Quicumque omninò inhabilis est ad possidendum, is etiam omninò inhabilis est ad præscribendum *c. 3. de R. l. in 6. l. 25. ff. de usurpat.* licèt ponatur tempus immemoriale; ut quo tam parùm tollitur inhabilitas personæ in ordine ad possidendum jus decimandi utile, quàm parùm tollitur in ordi-

ordine ad possidendum jus decimandi directum, cum post Concilium Lateranense solus Pontifex jus utile separare possit à directo. Atqui laici sunt omninò inhabiles ad possidendum jus decimandi utile *d. c. 7. de præscript. & c. 15. de decimis.* Ergò etiam sunt omninò inhabiles ad præscribendum jus decimandi utile.

Objic. I. Laici jus utile decimandi acquirere possunt ¹⁷ dependenter à privilegio Pontificis : ergò etiam adminiculo præscriptionis immemorialis : hæc enim æquivaleret privilegio *d. c. 26. de V. S.* R. tempus immemoriale æquivalere privilegio, cæteris paribus, & in iis rebus, quarum possessionis aliquis etiam sine privilegio seu legitimâ concessione capax est. Quòd si legis constitutio aliquem incapacem reddiderit possessionis juridicæ, absque concessionis titulo, tunc nullius temporis, quamvis immemorialis detentio, etiam cum bona fide, ad præscriptionem sufficere potest. *Klock. vol. 1. Consil. 8. n. 59. & 60. nec non consil. 10. n. 631. & sequenti.* Cum enim præscriptio cunabula sua legibus referat in acceptis, ideò si hæc eidem resistent, non poterit illa unquam prævalere. Undè rectissimè Pomponius in l. 24. *princ. ff. de usurpat.* ait : *ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti non prodest.* Neque dicas : hoc argumentum bonum est : *quidquid præscriptione est aquisibile, idem etiam Principis supremi privilegio acquiri potest* : ergò etiam hoc : *quidquid Principis supremi privilegio est aquisibile, idem etiam præscriptione acquiri potest.* Ratio enim diversitatis est, quòd ipsa etiam præscriptionis virtus & efficacia contrà communia jura à Principis voluntate promanet ; quam virtutem Princeps tollit, quandò aliquem incapacem reddit possessionis juridicæ absque concessionis titulo.

Objic. II. Esto Ecclesiæ, in unius Episcopi territorio constructæ, in ejusdem potestate consistere jubeantur. *cap. omnes. 10. caus. 16. quæst. 7.* Ita ut communi jure Episcopus

alius easdem sine speciali titulo nè quidem præscribere possit *c.1. de præscript. in 6.* Per hoc tamen præscriptio immemorialis non excluditur *d. c. 1. ibi in fine : nisi tantit temporis allegetur præscriptio, cujus contrarii memoria non existat.* Ergò etiam, licèt quoad præscriptionem decimarum jus commune resistat laicis, præscriptio immemorialis tamen non erit exclusa. *R. neg. consequentiam.* Disparitas est, quòd in priori casu subjectum præscribens capax sit objecti præscribendi, cùm utique alienus etiàm Episcopus, tanquàm persona Ecclesiastica, capax sit juris spiritualis, de cujus præscriptione in *d. cap. 1. de præscript. in 6.* agitur. At verò laici post Concilium Lateranense non sunt capaces juridicæ possessionis quoad decimas, independenter à privilegio Summi Pontificis *d. c. 7. de præscript. d. c. 15. de Decimis.*

Objic. III. Laici mediante præscriptione immemoriali non prætendunt alias decimas, quàm laicales, seu avulsas à titulo spirituali : atqui harum sunt capaces, ergò &c.

R. disting. minorem, sunt capaces dependenter à privilegio Pontificio, concedo, independenter, neg. Sine concessione Pontificiâ jus spirituale decimarum separari non potest à jure temporali, ita ut decimæ fiant quasi laicales, & concedantur laicis in perpetuum, tanquàm bona patrimonialia sæcularia : ergò sicuti independenter à privilegio Pontificio laici incapaces sunt juris decimandi, quoad radicem suam spirituales accepti, ita etiam incapaces sunt quoad jus temporale.

Objic. IV. Laici sunt capaces juris patronatûs, possuntque illud tempore immemoriali absque alio titulo contra Ecclesiam præscribere *cap. ult. de concessione præbendæ. cap. 7. de jure patronatûs.* Ergò laici multò magis capaces sunt juris decimandi, cùm hoc pro termino solummodò respiciat fructus temporales, illud autem ad beneficium tendat spirituale. *R. neg. conseq.* Disparitas est, quòd,

esto

esto olim laicis nullum jus, nec ulla potestas competierit in Ecclesiis à se ædificatis *cap. decretum. 3. cap. Regenda. 4. cap. noverint. 6. caus. 10. q. 1.* Successu temporis tamen supremi Ecclesiæ Præsules jus Patronatûs ipsis concesserunt: & quidem Gelasius Papa honorem in processionibus *cap. pietatis. 26. caus. 16. q. 7.* Patres Concilii Toletani, relati in *cap. quicunque fidelium. 30. d. caus. 16. q. 7.* patrono egeno alimenta: iidem relati in *cap. decernimus. 32. d. caus. 5. q.* præsentandi facultatem indulserunt, quod Clemens III. in *cap. 25. de jure patronatûs*, & Concilium Tridentinum in *Sess. 25. de reformat. cap. 9.* confirmavit. Adeoque laici ex gratiâ & privilegio quasi communi, in jure expresso, sunt capaces Juris Patronatûs, ut optimè advertit Reverendissimus & Amplissimus, meus quondam in Jure Canonico Professor, & nunc Patronus Gratosus, DD. Martinus Resch &c. &c. *tr. de Jure Patronatûs cap. 3. n. 1.* Econtra tantum abest, ut laicis quoad jus decimandi similis generalis capacitas tributa fuerit, ut potius expressè constet de eorum incapacitate, præsertim post Concilium Lateranense, nisi accedat speciale privilegium Summi Pontificis.

Objic. V. Præscriptio temporis immemorialis cum bona fide tribuit jus seu titulum *arg. l. 1. §. ult. & l. ult. ff. de aquâ, & aqua pluvie arcenda*: ergò possunt laici solâ præscriptione immemoriali, & absque alia concessione, jus decimandi acquirere. R. dist. antec. suppositâ capacitate possidendi, concedo, negatâ, nego antecedens, & consequentiam.

Objic. VI. Possessio immemorialis inducit præsumptionem tituli seu legitimæ concessionis, ita ut, si non constet, antè, an post Concilium Lateranense laici decimas acquisiverint, antè Concilium illas acquisivisse censeantur, prout teste *Clarissimo P. Wez in manipulo decimarum contr. 3. th. 15. in f.* Concors Theologorum, Canonistarum, &

Civilistarum sustinet sententia : ergò possessio immemorialis etiam operatur præscriptionem decimarum. R. negando consequentiam. Præsumptio tituli, quam tempus immemoriale inducit, tantum non præjudicat ministris Ecclesiæ, quantum præjudicaret præscriptio decimarum, si tempus immemoriale eandem operaretur. Illa, cum nullo dicatur præsumptio juris & de jure, facit quidem, ut laici in possessione pacifica & bonæ fidei, per tempus immemoriale continuatâ, turbari nequeant : quòd si tamen postea constaret, v.g. per instrumentum antiquum de novo repertum, jus decimarum per illegitimam & invalidam alienationem pervenisse ad majores possessorum, tenentur laici possessione suâ decedere, ac decimas relinquere Ecclesiæ. Hæc verò, nimirum præscriptio decimarum, tribueret laicis jus absolutum & irrevocabile, esto forsan postea inciperet constare de illegitimâ translatione olim factâ, modò cætera ad præscriptionem requisita concurrissent.

Objic. VII. & ultimò. Laici spatio 40. annorum cum titulo, vel tempore immemoriali sine titulo possunt præscribere immunitatem à decimis, saltem formaliter, sive in quantum decimæ dicunt decimam partem fructuum, spectatis : prout cum communi docent *Covar. Mol. Suarez. Laym. apud Pirhing de decimis n. 129.* Ergò etiam possunt præscribere ipsas decimas : dum enim præscribunt immunitatem à decimis, percipiunt ipsas decimas. R. neg. conseq. Ratio diversitatis est, quòd jus percipiendi decimas sit spirituale, cujus laici incapaces sunt. Econtra jus exemptionis à solvendis decimis est temporale, quia nihil aliud est, quàm jus percipiendi ex agris propriis fructus integros, sine detractioe decimarum. Dum igitur laici, præscribentes immunitatem à decimis, percipiunt decimas, tantum percipiunt fructus decimales, & quidem jure domini ; non decimas quæ tales, aut jure decimandi.

QUÆ.



QUÆSTIO VII.

An liceat Principi Christiano, si bello prematur ab alio Principe Christiano, foedus inire cum principe infideli, & in societatem belli infidelem adsciscere?

SUMMARIA.

1. *Etymologia fœderis.*
2. *Definitio realis fœderis.*
3. *Divisio ejusdem in universale & particulare.*
4. *In perpetuum & temporarium.*
5. *In æquale & inæquale.*
6. *In offensivum & defensivum.*
7. *Causa efficiens fœderis.*
8. *Subditi à domino extraneo injustè laceffiti, & à superiore suo ideò implorato non defensi, fœdus liberrimè contrahunt cum alio.*
9. *Proponitur controversia, an liceat Principi Christiano fœdus inire cum principe infideli, contra Principem Christianum? & adducuntur argumenta pro sententiâ affirmativâ.*
10. *Afferuntur motiva pro sententiâ negativâ.*
11. *Et inter alia contestatio Francisci I. Gallie Regis moribundi, in cujus progenie divinum Numen ejusmodi fœdus gravissimè punivit.*
12. *Sententiæ pugnantes distinctionis medio reducuntur in concordiam.*

13. *Ac ostenditur, per se illicitum non esse, in societatem belli contra Christianos assumere infideles, quamvis plerumque per accidens non liceat tale fœdus pangere.*
14. *Non sunt audiendi Principes, dicentes, se non ideo cum infidelibus pacisci, ut Ecclesia & vera fides periclitetur, sed fine alio; damna verò sequi per accidens.*
15. *Potest cum infideli fœdus contrahi, si finem alium respiciat, quàm mutuum in bello subsidium.*
16. *Impium fuit fœdus, quod Ludovicus XIV. Gallia Rex, priore seculo cum Turcâ pepigit.*
17. *Materia fœderis sunt varia negotia, tam civilem, quàm militarem cujusque Reipublicæ statum concernentia. Fœdus autem smalcaldicum fuit illicitum & invalidum.*
18. *Esto Pax Religiosa, anno 1555. conclusa, à variis Theologis & Jctis tanquàm licita & valida defendatur.*
19. *Forma fœderis duplex adstruitur, interna, & externa.*
20. *Hodie fœderibus subscriptiones, sigilla, juramenta accedere solent. Præterea refertur forma, quam Soly-mannus in fœdere, cum Joanne Rege Hungaria anno 1530. icto, adhibuit.*
21. *Nec non forma fœderis, quod Franciscus I. Gallia Rex cum Turcâ pepigit.*
22. *Causa finalis fœderis.*
23. *Effectus fœderis, tum generalis, tum specialis.*
24. *Contraria fœderis, & ejusdem dissolutio, tum ob mutuum consensum, tum ob causas alias.*

1 **F**œdus germanicè ein Bund/ oder Verbündnuß/ à fide interpositâ, vel à fecialibus, per quos fœdera pangi solebant, vel ab hædo, in fœderum sanctione manari olim solito, vel à feriando dicitur.

2 Definiri potest, quòd sit pactum publicum, inter eos, qui jus fœderis pangendi obtinent, de mutuis auxiliis, & aliis

& aliis commodis invicem præstandis, solemnî ritu conventum. *Schwederus in introductione ad jus publicum part. special. sect. 1. cap. 27. pag. m. 641.*

Dividitur variè. I. In universale & particulare. Uni- 3
versale foedus est, quod ab Imperatore, Rege Romanorum,
vel Vicariis Imperii, cum statuum consensu & approbatio-
ne, nomine totius Imperii initur. Particulare, quod aliquos
duntaxat Imperii status, ipsorumque ditiones concernit.
Confer *Nicol. Myller ab Ehrenbach de Principibus & statibus
Imperii p. 1. c. 17. n. 5. Henric. Boecler. in notit. S. R. I. lib. 16.
c. 2. Sebast. Almers in Manuali Juris verb. foedus.*

Secundò dividitur in perpetuum & temporarium. Il- 4
lud dicitur, quod vel expressè ad tempus perpetuum, vel
indefinitè & sine determinatione temporis contractum est.
Hoc, quod certum tempus complectitur, vel ad certos an-
nos restrictum est.

Tertiò dividitur in æquale & inæquale. Æquale dici- 5
tur, quod tam inter potentiâ & dignitate æquales, quàm
inæquales, conditionibus æqualibus conclusum est, ita,
ut vi foederis, speciali prærogativâ honoris vel potestatis nul-
lus gaudeat. Inæquale, quod tam inter potentiâ & statu
æquales, quàm inæquales, conditionibus inæqualibus con-
tractum est, ita, ut vi foederis, speciali prærogativâ honoris
vel potestatis unus emineat. Huc pertinet foedus cliente-
lare, quod inter dominum extraneum, & subditos alterius
eo fine pangitur, ut subditi illi contra vim injustam defen-
dantur. Ubi certa pensio determinari solet, quam clien-
tes patrono suo annuatim solvere jubentur. Sic Erfurten-
ses protectoribus suis, Ducibus Saxoniae 1800. florenos rhe-
nanos solvere tenentur. *Rudolphus Godofredus Knichen lib.
2. Operis politici. p. 2. sect. 2. cap. 10. th. 8.*

Quartò dividitur foedus in offensivum & defensivum. 6
Illud dicitur, quod belli inferendi causâ; hoc, quod belli

propulsandi gratiâ pangitur. Confer *Knichen d. lib. 2. p. 4. c. 1. th. 4.* ubi bellum offensivum & defensivum explicat, ac distinctionem hanc ab adversariorum insultibus vindicat.

- 7 Ineunt foedus aliqui jure proprio, alii beneficio alieno. Primo modo contrahere foedus possunt omnes ii, qui majestate fulgent, & superiorem in terris non agnoscunt. Secundo modo ineunt, qui majestate carent. Quandôque subditis indulgetur, ut foedere inito contra vim injustam alterius se defendere possint. Si subditi à domino extraneo injustè laceffantur, & à superiore suo ideò implorato non defendantur, foedus liberrimè contrahere possunt cum alio, quia defensio est juris naturalis, & quæ quis ad necessariam defensionem suam facit, jure fecisse videtur. *l. 3. ff. de J. & J. l. 4. l. 45. § 4. l. 49 §. 1. ff. ad leg. aquil. c. 3. de sent. excommunicat. clem. pastoralis. vers. ceterùm. de sent. & re jud. Cùm necessitas licitum faciat, quod aliàs lege prohibetur. c. 39. vers. sed notandum. caus. 1. q. 1. c. 15. caus. 23. q. 8. c. 4. de R. J. clem. un. de homicidio.* Ubi tamen notandum, in talibus foederibus superiorem semper excipi debere, propter obsequium, reverentiam, ac fidelitatem eidem debitam; & quidem ad eò magis illam demonstrandam, & omnem sinistram imputationem declinandam, *disertis verbis*, prout prudentissimi Politici suadent apud *Knichen d. cap. 10. th. 3.* Confer *D. Ant. Guiliel. Ertl in Theatro Superiorit. territor. apparatus 8. pag. m. 152.*

- 9 Subjectum foederis sunt ii, cum quibus foedus pangitur. Ubi anxie

Disputatur, an liceat Principi Christiano, si bello prematur ab alio Principe Christiano, foedus inire cum principe infideli, & in societatem belli infidelem adsciscere? Prima sententia contendit, tale foedus esse licitum. Ita *Panormit. in cap. 8. de voto & voti redemptione. n. 15. Decian. vol. 3. consil. 20. Bocerus tr. de bello cap. 6. n. 16. Hugo Grotius lib. 2.*

Ex Jure Can. Pub. Civ. Crim. & Feudali. 57

de J. B. & P. cap. 15. n. 9. & seq. Limn. ad Capitulat. Caroli V. art. 11. n. 11. pag. m. 191.

Nititur hæc sententia his argumentis. I. Jure naturæ æquum censetur, ut, quod quis ad tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur *l. 3. ff. de J. & J. l. 45. §. 4. ff. ad leg. aquil.* Nec refert, per se, an per alium sua & se quis defendat; hinc jura ignoscunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter defendere voluit. *l. 1. ff. de bonis eorum, qui antè sententiam &c.*

II. Hosti licet insidias omni modo struere *arg. l. 26. ff. de captivis & postlim. revers.* ergo etiam infideles ad has insidias adhiberi possunt.

III. Ipse DEUS in S. Codice usus esse legitur gentium ministerio ad puniendum populum Israëliticum. *c. remittuntur. 49. caus. 23. q. 5.* ergo patet, foedus cum infidelibus per se non esse illicitum.

IV. Fideles possunt succurrere infidelibus. *c. Julianus. 94. caus. 11. quest. 3.* ergo etiam infideles fidelibus.

V. Imperator Justinianus in *l. 2. Cod. de officio Præfecti prætorio &c.* dicit, se lætari, quòd pacem perpetuam cum Rege Persarum pepigerit: ergo supponit, foedus cum infideli principe esse licitum.

VI. Ex foedere cum principe infideli magna emolumenta redundare possunt in Christianos; nam ob foedus tale clerici & religiosi Christiani liberè agunt apud infideles, operantur ex Romano ritu munia sua Ecclesiastica, ut solent in patriâ: ergo foedus tale magis prodest, quàm obest Christianis: ergo non est illicitum.

Secunda sententia sustinet, foedus tale per se esse illicitum. Ita *Albericus Gentilis lib. 3. de jure belli. c. 19. Hunnius de pactis cap. 2. q. 4. Reinking de Regim secul. & Eccles. lib. 2. class. 3. cap. 3. n. 63. & seq. Knichen d. th. 3. Schönborner lib. 4. politic. cap. 36. Besold. disput. de jure fæder. c. 13. & alii.* Firmatur hæc sententia sequentibus. I. DEUS populo Israëlitico foedus cum infidelibus prohibuisse legitur. *Exodi 34. cap. vers. 12. Deuteron. 7. cap. vers. 2.* ergo patet, foedus

tale intrinsecè esse malum.

II. Fœdera talia sunt plena periculi ; à perversis enim pervertimur , & qui picem tangit, maculatur. Talis quisque censetur, quales sunt ii, quibus se jungit : serpunt enim vitia , & in proximum quemque transfiliunt, & contactu nocent. *Seneca de tranquillit. animi. cap. 7.*

III. Ob inæqualitatem mōrum non potest cum infidelibus constare firma amicitia.

IV. In lavacro baptismatis promittimus, quòd pugnare velimus contra omnes, qui Christum odio persequuntur.

V. Infideles fœdera plerùmque ad lydium lapidem propriæ utilitatis suæ explorant, & , si se deceptos esse putent, pro arbitrio frangunt.

VI. Suppetunt exempla talium fœderum infelicia.

II Lubet memorare fœdus, quod Franciscus I. Rex Gallia contra Imperatorē Carolum V. æmulum suum pepigit cum Turca. Franciscus hic tam potens erat, ut cum potentissimo de orbe contenderet ; tam æstimatus à suis, ut lisurgeret in Gallia, plus Mars, an Minerva, Nobilitas, an plebs, mercator, an miles, principi huic debeat: Tantus Heros videbatur summum tetigisse felicitatis apicem, nisi moriens exclamasset. Perii ! heu Perii ! Quia fœderatus esse volui hosti Christiani nominis. Cùm Cardinalis Guisus solatium Regi ex sacris paginis afferre conaretur, reposuit Rex, omnis via ad misericordiam mihi clausa est, quia, ut æmuli mei gloriam obscurarem, vel injurias vindicarem, fœdus inivi cum Turca, & Christianorum capita, tanquàm armenta ad Mahometanam servitutem vivus & videns passus sum abigi. Quas voces à Christiano dolore Regi expressas fuisse, piè interpretatur *Didacus Saavedra in Ideâ Principis Christiano. Politici symbolo 93. pag. m. 723.* Utinam ! utinam ! sed vereor, scribit *Clarissimus D. Braun p. m. tr. jurid. de fide, spe, & charitate. p. 1. de fide c. 1. §. 2.* nè ipsa verba hunc dolorem diluant. Præter bellum, quo Gallia flagravat, aliis etiam modis Rex ad pœnam tractus fuit.

fuit. Posteritas ejus tota contabuit : Henricus filius ejus in publico spectaculo triste spectaculum orbi exhibuit : Nepotes dolor, bellum, venenum, vel sica ita absumpsit, ut una & eadem ætas gentem Valesiam viderit & summam, & propter foedus, cum Turca initum, nullam. Confer *Schönborn. d. c. 36. Carpzov. ad leg. Reg. Germ. cap. 6. sect. 3. n. 8. Knichen d. th. 3. Ludovic. Schönleben apud Clarissimum Collegam D. Woller in select. quæst. hic Salisburgi in lucem datis. q. 5. n. 138. D. Wagner à Wagenfels im Ehren-Russ Deutschlands c. 16. pag. m. 535. & seqq.*

Sententiæ hætenus relatæ reduci fortè possunt in 12 concordiam, si dicatur, per se & naturâ suâ illicitum non esse, foedus contrahere cum infidelibus, & illos in societatem belli contra Christianos vocare; plerumque tamen hoc non licere per accidens, propter scandala & damna, quæ redundant in Ecclesiam. Ita *Molina de J. & J. tr. 2. disp. 112. n. ult. Suarez de bello disp. 13. sect. 7. n. 25. Laymann lib. 2. Theol. Moral. tr. 3. cap. 12. n. 6. in f. Bonacina Operum de Morali Theol. tom. 2. disp. 2. de restitut. in particulari quæst. ult. sect. 1. punct. ult. §. 2. n. 6. Castro Palao part. 1. Operis Moral. tr. 6. disp. 5. punct. 6. n. 10. Sporer tr. 5. in Decalogum cap. 2. sect. 2. §. 3. n. 108. Simon Maiolus in diebus canicularibus de bellorum variis eventibus colloq. 2. fol. m. 624. & alii.*

Quòd per se non sit illicitum tale foedus, ac in societatem 13 belli contra Christianos assumere infideles, probant argumenta n. 9. pro sententiâ affirmativâ adducta. Licet enim principi Christiano conducere milites infideles, ut se, regnumque suum defendat, vel terras armis abreptas bello repetat; ergo licebit ideò etiam foedus pangere cum infidelibus.

Quòd verò per accidens plerumque non liceat, tale foedus pangere, ostenditur ex eo, quia plerumque versatur morale periculum, nè scandalum nascatur, vel sacra profanentur, vel templa evertantur, vel Christiani cum summo

perversionis periculo in servitutem abducantur. Quilibet autem Princeps Catholicus secundum vires tenetur eniti, nè concurrat directè vel indirectè ad ruinam veræ fidei; quin potius tenetur viribus omnibus impedire, nè religio periclitetur. Confer præcit. *D. de Wagensfels cap. 11. pag. m. 421.* Nec audiendi sunt Principes, dum dicunt, se non ideò cum infidelibus pacisci, ut Ecclesia periclitetur, & vera fides; sed alio fine: damna verò sequi per accidens.

- 14 Distinctionem hanc fucò obtectam non suffert morum disciplina severior, ut benè advertit *P. Patritius Sporer d. n. 108.* Dum enim Christiani foedus ineunt cum infidelibus, & eosdem in societatem belli contra Christianos assumunt, advertunt periculum, in quod religio Christiana abducitur; ergo moraliter certò prævident, fore, ut Ecclesia magnum damnum sentiat; ergo etiam indirectè volunt damnum illud; nam qui directè intendit causam, vult indirectè omnem effectum, qui moraliter ex causâ illâ sequitur. Certè qui ideò ignem excitat, ut corpus suum calefaciat, sic tamen, ut moraliter certò prævideat, surrecturum incendium, censetur causa moralis incendii, quia, quando datur connexio moralis inter causam & effectum, non possum velle causam sine effectum: ergo etiam qui ideò cum infideli foedus pangit, ut regnum suum conservet vel ampliet, sic tamen, ut moraliter certò prævideat, magna damna in Ecclesiam redundatura, censetur causa moralis illorum; quia, si est connexio moralis inter causam & effectum, non possum velle causam, nisi simul etiam velim effectum. Confirmatur: qui ignem ideò excitat, ut corpus calefaciat, non censetur tantum causa per accidens incendii, si moraliter certò prævideat, futurum incendium: ergo etiam qui cum infideli paciscitur, non censetur causa per accidens damnorum Ecclesiæ, si moraliter certò prævideat, damna illa secutura.

Ex dictis facile colligitur, cum principe infideli posse foedus contrahi, si finem alium respiciat, quam mutuum in bello subsidium, ac tenere foedus in utroque foro, si id agatur, ut pax inter populum Christianum & non Christianum coalescat, ut fines conserventur & commercia &c. quia ex foedere tali per se non solent redundare damna in Ecclesiam. *Saavedra d. symbol. 93. pag. m. 726.* Ex eodem fonte 16
fluit, foedus, quod Ludovicus XIV. modernus Rex Galliae priore saeculo cum Turca pepigit, esse impium, ac Christiano Principe indignum. Foedus enim hoc summè nocuit Religioni Christianae, quia potentiam Ottomannicam, armis nostris infractam, restauravit, & cursum victoriarum, quibus DEUS nos fortunaverat, retardavit, Albam graecam & loca alia Christianis extorquendo, innumera Christianorum capita barbaris objiciendo, & pacem, quam concussa Turcarum superbia prono poplite rogavit, impediendo, ejusque consilia abrumpendo. Accedit, quod Gallia barbaros, rei tormentariae & aliorum apparatusum imperitos, in arte hac instruxerit, ac gentem Christianis infensam in necem & excidium Christianorum armaverit, quorum sanguis, à lunato mucrone haustus, exæstuabit ad cælum, ac vindictam DEI exposcet.

Objectum foederis sunt varia negotia, tam civilem, 17
quàm militarem cujusque Reipublicae statum concernentia; qualia Religio, matrimonia, commercia, securitas, bella tam defensiva, quàm offensiva. *Knichen d. c. 10. th. 4.* Sic Religionis causam anno 1530. ictum esse foedus Smalcaldicum, videmus, ait *Georg. Schönborner d. lib. 4. polit. cap. 34. in f.* Quod proinde tanquàm pium, Christianum, imò sanctissimum, justum, honestum, licitum, & legitimum defendere conatur *Carpzov. de l. Reg. Germ. d. c. 6. sect. 8.* Sed foedus illud inter Principes Germaniae protestantes Smalcaldiae confectum, quo & Catholica Religio, & Imperator

Carolus, qui eandem solam in terris Imperii civitate donavit, impugnabatur, illicitum ac invalidum esse, patet ex eo, quia idè contractum erat, ut Religio Lutherana contra Principes Catholicos defenderetur; adeoque protegebatur hæresin, quam tamen Principes jure divino & humano castigare tenentur, quia memoratis juribus jubentur reprimere atrociora scelera. Deinde foedere illo id agebant Principes, ut liceret sine metu poenæ ejurare Religionem Catholicam, & amplecti hæresin Lutheri; consequenter redundabat in damnum Religionis Catholicæ, atque adeo erat invalidum.

18 Equidem Pacem Religiosam, quæ anno 1555. conclusa fuit, varii nominis Theologi & Jure Consulti, interque illos Illustrissimus *Caramuel, Lobkowitz, apud Franc. Frid. ab Andler in Jurisprud. quæ Publ. quæ Privata lib. 1. tit. 1. p. 2. pag. m. 38. & apud Clarissimum D. Gletle p. 4. de Criminibus Publicis cap. 3. §. 3.* tanquam licitam & validam defendunt. Indè tamen malè colligitur, etiam foedus Smalcaldicum fuisse licitum & validum. Nam pacem illam Catholicis expressit calamitas temporum, cum Religio in eum statum devenerit, ut Catholicis vel migrandum fuerit, vel plena securitas pacto publico hæreticis promittenda; unde Cæsar, & Principes alii potuerunt necessitati cedere, & permittere malum minus, ut vitarent majus: est enim principium jure naturæ evidens, quòd, quando duo mala ingruunt, & circumstantiæ emergunt, quibus cavere utrumque sit impossibile, licitè minus permittatur, ut vitetur majus. Satiùs autem erat, hæresin Lutheri in parte quadam Imperii tolerari, quàm totam Religionem Catholicam periclitari. Econtra foedus Smalcaldicum non expressit necessitas temporum, sed impietas, irreligio, ac immodicum studium in res novas, & spes improba ditescendi ex bonis Ecclesiasticis. Ex quo satis patet, à Pace Religiosâ ad foedus Smalcaldicum bonum non duci argumentum.

Prin-

Principes enim, quorum industriâ Pax Religiosa coaluit, non id agebant, ut patrocinium hæresi præstarent, sed id, ut conservarent fidem Catholicam, & hæresin reprimerent, nè in totam Germaniam exundaret. Principes verò, quorum consensu coaluit foedus Smalcaldicum, id agebant, ut hæresin Lutheri protegerent, & Catholicis nocerent. Confer *Clarissimos DD. Germanos fratres nobilissimos Mezgeros in Historiâ Salisburgensi lib. 4. cap. 53. pag. m. 545.* Ubi ita scribunt: Congregati dein Smalcaldiam, iæti jam antè annos aliquot in doctrinæ Catholicæ ruinam foederis locum; vocatis eò Philippo Melanchtoni, Martino Bucero, aliisque suæ sectæ præconibus mandârunt, formulam conciperent aliquam, quâ spes esset, se inter atque Catholicos doctrinæ quandam concordiam conciliandi. Paruere illi; edideruntque libellum, sub titulo: articulorum Smalcaldicorum anno 1540. ac concluderunt, nè latum quidem unguem ab Augustanâ confessione discedendum. Quem Cæsari quóque obtulerunt, adjunctâ protestatione (sed factò, ori, scriptisque contrariâ) sibi alium nullum, quàm pietatis, pacis ac religionis sanctæ testæque servandæ scopum esse. Hucusque *Historia Salisburgensis.*

Forma foederis duplex est, interna, & externa: Illa 19 stat in conventionis articulis & placitis. Hæc consistit in ritu, quo panguntur. Ritus ille variat, &, sive tempora antiqua, sive moderna spectemus, pro diversitate gentium diversus est. De scythis traditur, quòd mutuo haustu proprii sanguinis foedera non tam firmaverint, quàm foedaverint. Alibi victimas accessisse foederibus, constat. Apud Græcos & Romanos sacrificia foederibus fuisse adhibita, refertur. Jurare per Jovem lapidem etiam consueverunt sequente ritu: fecialis, foedus jurejurando firmaturus, accepto in manum lapide, sequentia proferebat verba: si fidem servavero, tunc me Dii adjuvent: si sciens fefellerò,

tunc ego salvis cæteris omnibus in suis patriis, suis legibus, suis penatibus, sacris, sepulchris, solus exterminer, ut hic lapis, Quo dicto manu lapidem excussit. *Polyb. apud Knichen d. c. 10. th. 5. col. m. 1321.* Usitata quoque fuerunt fœderis firmiter observandi symbola, panis, & sal. Quod probabilius in perpetuitatis signum adhibitum fuit: quamvis alii ideò factum esse velint, ut per utrûmque demonstraretur, fœdera tam necessaria esse, quàm esum panis & salis, quorum ille alimentum, hic condimentum est, in vitâ hâc
20 planè necessarium. *Knichen ubi supra.* Hodie fœdera subscriptione, & sigillorum appensione firmantur, interposito plerûmque juramento. In fœdere, quod Turcarum Imperator Solymannus An. 1530. pepigit cum Joanne Rege Hungariæ, sequens forma à Barbaro fuit adhibita. Donator donorum & gratiarum, ille summus creator DEUS, qui est magnus & potens, & per concessionem divinæ providentiæ, utriusque Paradisi est Sultanus, & omnium regnorum istius machinæ gubernator, & alterius hemisphærii caput, & exercituum principalis gubernator, qui est noster Propheta Mahumetus, super quem Prophetam sit semper beatificatio, & charitas divinæ excelsæ clementiæ, per cujus bonam gratiam, & suorum quatuor familiarium Doctorum, & magnorum Secretariorum Ebrobekyr, Treer, Ostein, & Allydo, quibus benignus & excelsus DEUS per suam infinitam clementiam sit semper lætus & contentus, & Omnipotentis DEI, & omnium Sanctorum & Beatorum spirituum ipsum laudantium: quorum concessione & gratiâ ego Sultan Solymannus Schyack, Cæsar Cæsarum, DEI gratia, gloriosus, magnus, & invictissimus Imperator Constantinopolitanus, Rex Regum, dator coronarum, umbraculum DEI super terram, dominator magni maris & inferioris Europæ, Syriæ, Arabiæ, Judææ, Cananæ, & Galilææ, & Phenices, Alexandriæ, & Ægypti, & Magni Chayris, & Æthio-

Æthiopiæ, Mediæ, & Libyæ, & Lanchæ, Indici & rubri maris, & Regni Hierosolymitani, Samariæ, & maris Tyberiadis, & Damasci, & Alepii, & magnæ Antiochiæ, Mesopotaniæ, Chaldææ, & magnæ Babylonix, cum majore & minore Armenia, Parthiæ, Persiæ, Hybernix, Georgianæ, maris Caspii, Trapezuntix, Taurisix, Cappadociæ, Cæsareæ, Pamphiliæ, Ciliciæ, & Tharsis, Caramaniæ, Amasiæ, Paphlagoniæ, Lydiæ, Phrygiæ, Bithiniæ, & magnæ civitatis Nicææ, Nicomediæ, magnæ Calcedoniæ, & totius magnæ Anatoliæ, Græciæ, Thraciæ, & magnæ Romanix, Macedoniæ, Thessaliæ, Peloponnesi, Carinthe, Chersonesi, Albanix, Bounæ, Bulgariæ, Walachiæ, Moldaviæ, Scythiæ, & Tartariæ : & multarum aliarum infinitarum provinciarum, regnorum, & imperiorum acquirentium vi & armis, & virtute bellica, nostræ fulminantis frameæ verè divis à nostris prædecessoribus, Imperatoribus Sultano Mahumete Schyack, & abavo nostro Sultano Bayazethe Schyack, & à filio suo Sultano Selymo Schyack, nostro beatificato Patre, ad requiem, quorum immensa, & excelsa clementia, & beatificatio divina, cum animabus & spiritibus ipsorum in sempiternum sit : Vobis Serenissimo Joanni, DEI gratiâ Regi Hungariæ, Croatiæ, Dalmatiæ, Moraviæ &c. Ego præfatus Sultanus Solymannus Schyack Imperator Turcarum invictissimus, juro ad Omnipotentiam DEI altissimi Omnipotentis, sanctitatem, splendorem, & bonitatem divinitatis suæ, ad firmamentum Cœli, Solem, Lunam, Stellas, terram, & superficiem terræ, ac ad regnum & sanctissimum Mahumerum, proavum, avum, patrem, matrem, & lac maternum, ac panem meum, gladium, animam, & vitam meam, ac omnium Bozermanorum circumcisorum salutem : quòd te fratrem meum juratum Joannem, videlicet Regum, quaque necessitate non derelinquam ; si etiam omnia Imperia, regna, & po-

testates meæ universæ pessundarentur, annihilarenturque, ac remanerem solus, vel unico saltem circumciso Bozer-
 man vocato, sive cum duobus, tribus, vel ad summum qua-
 tuor personis : & saltem cum istis quóque obliger, & te-
 near te requirere, & perquirere, tibi que ea dicam. Hic
 adsum ego paratus, si quid me velis, præstò sum ad omnia
 tibi gratificari : & si promissioni meæ non satisfacerem,
 ex tunc ira summi DEI, & ejus Justitia super caput meum
 veniat, & me totum disperdat, & quidquid corpus meum
 attingeret, altissimus DEUS omnia in petram convertat,
 ac firmamentum terræ me ambulanti non sufferat, sed
 terra ipsa in duas partes dividatur, ac me totum corpore &
 animâ meâ dehiscat atque absorbeat. Datum in Imp. por-
 ta nostra Constantinopolit. die 3. de Rabel, Anno Prophetæ
 nostri 937. Hucusque juramenti verba, ex *Majolo in die-
 bus canicularibus de dignitatum ac sessionum differentiis. col-
 loq. 5. colum. 797. & 798. fideliter relata.* Foedus, quod
 21 Franciscus I. Rex Galliæ cum Turca pepigit, sequenti for-
 ma iustum est : Per DEUM magnum & altum, misericor-
 dem & benignum ; formatorem cæli & terræ, & omnium,
 quæ in eis sunt, & per sancta hæc Evangelia ; per sanctum
 Baptisma ; per S. Joannem Baptistam, & per fidem Chri-
 stianorum promitto & juro. Quod omnia, quæ novero,
 aperta erunt altissimo domino Sultano Solymanno & Im-
 peratori, cujus regnum DEUS fortificet. Ero amicorum
 suorum amicus, & inimicus inimicorum : ero redemptor
 captivorum Turcarum ex vinculis hostium ejus. Nihil
 mea parte fraudulentum erit ; quòd si hoc neglexerim, ero
 Apostata, & mandatorum sancti Evangelii, Christianæque
 fidei prævaricator ; dicam, Evangelium falsum esse, ne-
 gabo, Christum vivere, & Matrem ejus Virginem fuisse :
 super fontem baptismatis porcum interficiam, & altaris
 presbyteros maledicam, super altare fornicabor cum lu-
 xuria,

xuria, & Sanctorum Patrum maledictiones omnes in me recipiam. Ita me DEUS respiciat ex alto. Sic describit *D. à Wagenfels d. c. 16. pag. m. 535. ex Philippo Bosquieno.*

Finis foederis ex tabulis quidem æstimandus est; pri- 22
mariò tamen ad præstationem promissi mutui officii & fa-
cti, adeoque ad salutem ferientium publicam, privatam-
que directus. *Knichen d. c. 10. th. 6.*

Effectus est vel generalis, vel specialis. Ille est, quòd 23
hinc indè nascatur obligatio servandi articulos in foedere
expressos, ita ut si quis foedera frangere sustineat, non tan-
tùm metu Numinis, imminentisque divinæ vindictæ per-
cellatur, sed cæteris paribus ob fractam fidem bello possit
concuti. Hic est, quòd per foedera firmetur inter duas vel
plures gentes amicitia, stabiliantur commercia, securitas
contra hostes præstetur.

Contraria sunt modi, quibus solvitur foedus. Solvi- 24
tur autem mutuo consensu, quia nihil tam naturale, quàm
eo modo quid dissolvi, quo colligatum est. *l. 35. ff. de R. J.*
Vel parte etiam alterâ invitâ, nempe si vel ad certum tem-
pus, vel certi negotii causâ foedus sit contractum, & nego-
tium illud cessaverit. Sic v. g. si belli causâ foedus sit initum,
bello finito & pace reductâ foedus expirat, quia cessat finis
ejus. Quamdiu igitur finis manet foederis, tamdiu manet
ipsum foedus, adeoque parti uni invitâ alterâ ab hoc rece-
dere non licet, quia quæ initio sunt voluntatis, convertun-
tur postea in mutuas præstationes, & civilem necessitatem
inducunt. *l. 5. Cod. de O. & A.* parum ergo laudis (judicio
Godofredi Knichen d. cap. 10. th. 9. lit. A.) assecuti sunt Ve-
neti, dum in bello, quod inter Franciscum I. Galliarum Re-
gem, & Carolum V. Imperatorem gestum est, foedus mo-
dò cum hoc, modò cum illo pro utilitate suâ, & ut suade-
bat ratio temporis, pepigerunt. Sanciverant initio foedus
cum Rege Gallia; sed cum in Italia vires Cæsaris crescerent,

cesserunt fortunæ Cæsaris. Mutatis postea circumstantiis cum Franciscus expeditionem ductu suo adornaret, relicto foedere, quod cum Cæsare pepigerant, veterem cum Gallo amicitiam contraxerunt. Cum verò res Galliæ contra opinionem malè succederent, & fuso exercitu Franciscus I. captus bello duceretur in Hispaniam, ut victoris potentiæ occurrerent, rursus cesserunt fortunæ Cæsaris, & cum hoc contraxerunt foedus. Cum deinde magnitudo Cæsaris videretur suspecta, ubi adverterunt, Franciscum liberatum cupidum esse armorum, denuo foedus contraxerunt cum Gallo contra Cæsarem. De hac inconstantia gloriatur Leonardus Hemus Consilii Veneti sapiens; sed sine causâ, iudicio *Knichen* ubi suprà. Confer *Waremundum de Erenberg in meditamentis pro foederibus lib. 2. cap. 2. n. 12.*



QUÆSTIO VIII.

Utrùm Peregrini vel advenæ obligentur legibus alieni territorii, locivè, per quem transeunt sine animo ibi domicilandi?

SUMMARIA.

1. *Referuntur Authores, sustinentes, quòd obligatio legis se extendere nequeat ad subditos omnino extra territorium existentes.*
2. *Quorum sententia probatur.*
3. & 4. *Ac dissentientium argumenta refutantur.*

5. *Inte.*

Ex Jure Can. Pub. Civ. Crim. & Feudali. 69

5. *Interim tamen, ut subditus committat in leges territorii, non requiritur praesentia ejus Physica, sed sufficit moralis.*
6. *Peregrini extra locum domicilii tenentur observare leges, quibus determinatur forma contractuum.*
7. *Regulariter, ubi quis contraxit, ibi etiam conveniri potest.*
8. *Censetur autem locus contractus, in quem solutio destinata.*
9. *Quod tamen praecise intelligendum in ordine ad forum, quem contrahentes inde sortiuntur.*
10. *Neque contractus dotalis à memoratâ regulâ excipitur.*
11. *Per contractum hic designatur omnis conventio ad agendum habilis.*
12. *Studiosi immatriculati à Rectore Magnifico citari possunt, ubicunque locorum existant.*
13. *Si contrahens expresse convenit, nè in loco contractus respondere teneatur, tunc respondere non tenetur.*
14. *Similiter si contraxerit alicubi, confestim discessurus.*
15. *Aut si quis constituerit se soluturum, quod vel ipse, vel alius debebat.*
16. *Legata & fideicommissa non semper petuntur in loco contractus, sive ubi hereditas adita.*
17. *Quando lex communis in loco domicilii est abrogata, tenentur peregrini illam observare in loco transitus, ubi viget.*
18. *Solvitur argumentum ex Concilio Trid. in contrarium ductum à Sanchez.*
19. *Peregrini non tenentur legibus juris communis, in loco transitus per consuetudinem abrogatis.*
20. *Ex quo asserto varia inferuntur.*
21. *Et argumenta contraria diluuntur.*
22. *Peregrini tenentur legibus particularibus, si & in loco proprii domicilii, & in loco transitus vigeant.*

23. *Etiâ illas leges extra locum domicilii observare tenentur peregrini, quæ pro conservatione provinciae, quam adierunt, specialiter sunt latæ.*
24. *Legibus reliquis particularibus alieni territorii peregrini non tenentur.*
25. *Referuntur Patroni oppositæ sententiæ.*
26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. & 33. *Quorum rationibus satisfi:*
34. *Neque vagi tenentur legibus loci, per quem transeunt.*
35. *Quamvis à magistratu loci capi & puniri possint ob delicta, etiâ alibi commissa.*

1 **O**bligationem legis se non extendere, nec se extendere posse ad subditos extra territorium existentes, ita, ut extra illud agentes contra legem, incurrant culpam & poenam legis, probabilius tenent *Franc. Suarez lib. 3. de ll. cap. 32. num. 3. P. Jacobus Illsung in arbore scientiæ boni & mali, seu Theol. pract. tract. 1. disp. 2. art. 2. §. 3. num. 23. dicentes, esse communem. Paulus Laymann lib. 1. Theol. Moral. tr. 4. cap. 11. n. 1. dicens, esse communioem. Schambog. ad tit. J. C. de constit. n. 31. & plures apud Sanchez lib. 3. de matrimonio disp. 18. n. 18.*

2 Probatur per *cap. 2. de constitutionibus in 6.* ubi dicitur, subditum furantem extra territorium non ligari excommunicatione sui Episcopi, in furantes latâ : additâ ratione, quia extra territorium jus dicenti impunè non paretur, quæ ratio desumpta est ex *l. ult. ff. de jurisdictione.* Quod alterius declaratur hoc modo : agentia physica non possunt vim agendi extendere ultra sphæram activitatis suæ, cum limitata causa limitatum producat effectum ; ergo neque agentia moralia, v. g. legislator potestatem suam extendere poterit ultra limites sui territorii, quia limitata causa limitatum producit effectum. Appositè Poëta cecinit :

*Rex extra patriam vel maximus haud habet ullum
Imperium : in patriâ nemo Propheta fidem.*

Ex

Ex hoc asserto plures illationes deducit *Thomas Sanchez d. disp. 18. n. 19. & seqq.* ubi videre licet.

Ferdinandus de Castro Palao operis Moral. part. 1. tr. 3. disp. 1. punct. 24. §. 5. n. 21. & seq. ac alii, apud eum dissentientes, objiciunt I. Subditus, etiam extra territorium existens, manet nihilominus subditus, quamdiu non mutat domicilium. *arg. l. 78. §. ult. ff. de legatis 3.* ergo adhuc obligatur legibus territorii sui; quia radix & fundamentum obligationis legalis est subjectio. *R. ad antec.* Manere quidem subditum quasi radicaliter & in habitu, non verò in actu quoad usum seu exercitium in ordine ad servandas leges territorii, cum extra illud constitutus sit in loco, quo legum vis ac potestas non potest pertingere. *Suarez ubi supra num. 7.* 3

Objic. II. Subditus extra territorum obligatur præceptis suis superioris, ut si v.g. superior alicui imponeret præceptum non ludendi aleis, talis violaret præceptum, etiam extra territorium ludens aleis: ergo idem dicendum de legibus; cum lex non sit aliud, quam commune præceptum. *l. 1. ff. de ll.* *R. concessio antecedente, negando consequentiam.* Ratio disparitatis inter præceptum specificè sumptum, & legem est, quòd lex ultimatè respiciat felicitatem territorii, in quo legislator constitutus est caput, ad illam legibus suis procurandam. Undè non accepit aliam potestatem ferendi leges, quàm qualis & quanta necessaria est ad ejusmodi felicitatem obtinendam; ad hanc autem, per se loquendo, nihil videtur conducere potestas ligandi subditos extra territorium, quia transgressio legis extra territorium per se non incommodat territorio transgressoris, sed fortè felicitati loci, ubi transgressio fit. Econtra præceptum ultimò respicit bonum subditi, & promotionem propriæ ejus felicitatis, ut est persona particularis & privata, cui expedit, ut præcepti obligatio ossibus ejus in- 4

hæreat, & ut possit ubique locorum obligari. *Haunold de J. & J. tom. 1. tr. 1. cap. 1. contr. 6. §. 2. n. 63.*

5 Planè illud non est necesse, ut transgressor semper physicè existat intra territorium; sed potest committere in legem territorii etiam extra illud positus, si nempe alibi facit, ut in territorio ponatur actus prohibitus, vel non ponatur actus præceptus. Ibi enim censetur aliquis delinquere, ubi non facit, quod ibi facere deberet *arg. l. 121. ff. de R. J.* ubi Paulus ait: *qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est.* Sic si v.g. subditus territorii A. existens in territorio B. globo trajiceret Mevium existentem in territorio A. talis reverà incurreret poenam, lege territorii sui in homicidas latam, quia existit virtute, & secundum causam proximam in territorio, adeoque moraliter censetur delinquere in ipso territorio. Ex eodem fonte fluit, valere statuta prohibentia exerceri mercaturam extra territorium, laborare in partibus hæreticorum, lustrare exterarum provincias, unde non nisi mali mores, animus malè proprio principi, exteris verò benè affectus, hæreses, ac vacua marsupia referuntur, in magnum dispendium ac perniciem proprii territorii. *Magnif. D. P. Benedictus Petschacher tr. de ll. q. 4. art. 11. §. 2.* Ex eodem principio deducitur, statuto municipali obligari posse absentem subditum ad id, quod cedit in magnam utilitatem municipii, & puniri, si id non faciat; quia tunc non punitur propter delictum extra territorium commissum, sed intra: injuria enim, offensa, & damnum municipio proveniens, intra territorium censetur factum moraliter, licet physicè extra fiat. *Palao d. punct. 24. §. 5. n. 16.* Confirmantur isthæc ex variis legibus Codicis, ut *l. ult. Cod. quæ res exportari non debeant.* Ubi Imperator Martianus sub comminatione confiscationis bonorum, & poenæ capitalis prohibet, nè ullus præsumat,

mat, alienigenis barbaris cujuscunque gentis loricas, scuta, arcus, sagittas, spathas, gladios, vel alterius cujuscunque generis arma venundare. Item *l. 4. Cod. de commerciis & mercatoribus*. Ubi Imperatores Honorius & Theodosius itidem sub pœna confiscationis bonorum, amissionis specierum, & sempiterni exilii prohibent, nè cives Romani commercia instituant cum Persis, Romano Imperio non subiectis. Nec non *l. pen. Cod. de pœnis*. ubi prælaudati Imperatores capitale judicium iis decernunt, qui scientiam conficiendarum navium hostibus communicant. Ratio horum omnium est, quia Princeps debet posse plenè præcavere per leges delicta & incommoda in suo territorio; quod tamen non posset, nisi etiam absentes quoad personam quidem, præsentem verò per causam proximam pœnis abstergere posset. *P. Illsung d. §. 3 n. 27. Haunold d. §. 2. n. 58. & 72. Clariss. D. Gletle p. m. Jurisprud. fundament. tit. 2. cap. 4. §. 5. n. 16.* Qui ex hætenus probatis ulterius infert, etiam subditum absentem teneri lege, quâ jubetur, ut singulis annis cives omnes conveniant, ac Principi aut Magistratui juramentum subjectionis præstent. Similiter pœnam rotæ, in loco domicilii veneficio præstitutam, incurrere subditum, si ex alieno territorio venenum transmittat.

His præmissis ingreditur principalis controversia, teneanturnè peregrini vel advenæ legibus alieni territorii, per quod transeunt sine animo, ibidem figendi domicilium? Ubi Respondeo 1. Teneri servare leges, conditiones, & solennitates in loco transitus, circa contractus ibi ineundos, constitutas. *Sanchez d. disp. 18. n. 10. Laymann d. tract. 4. cap. 12. n. 4. in f. P. Engel de constit. n. 32.* Ratio est, tum quia locus contractus tribuit forum contrahentibus. *l. 19. §. 1. & 2. ff. de jud. cap. ult. de foro competenti. & c. 1. §. contrahentes. eod. in 6.* Tum quia contractus, similesvè actus regulantur secundum jura loci, ubi celebrantur. *l. 6. ff. de evict.*

Hinc est, quòd peregrini teneantur pretium mercibus signatum servare, solvere gabellam, vel aliud quodcunque onus contractui annexum: sive in propriâ personâ, sive per procuratorem, nuncium, aut Epistolam contrahatur. *Palao d. punct. 24. §. 3. n. 3.* Excipiunt ab hac doctrina *Sanchez, Bonacina, Suarez &c.* contractum dotalem, in quo, dicunt, non attendi solennitatem loci, in quo celebratur; sed loci, in quo vir habet domicilium *l. 65. ff. de jud.* Quam tamen exceptionem *Palao & Haunoldus* non admittunt. Unde operæ pretium fuerit, ostendisse, quo sensu verum sit, quòd locus contractus contrahentibus forum tribuat.

7 Regulariter itaque, ubi quis contraxit, ibi etiam conveniri potest. *l. 2. §. 4. d. l. 19. §. 1. & 2. ff. de jud. l. 1. & 3. ff. de Rebus authoritate judicis possidendis. c. 1. §. contrahentes. de foro competent. in 6.* Ratio duplex assignari potest, tum quia ea censetur esse lex obligationis, ut, quo pacto contracta fuit, eodem & dissolvatur: quem igitur locum partes obligationi contrahendæ præfixerunt, eundem & dissolvendæ censentur destinasse. *arg. l. 35. ff. de R. J.* Tum quia in loco initi contractûs haberi possunt certissima rei gestæ documenta, adeoque rursus tacitè inter partes actum censetur, ut illic negotium ventiletur.

8 Censetur autem locus contractûs initi non is tantum, in quo gestum negotium; sed plerumque is, quem contrahentes respexerunt, puta, in quem solutionem destinaverunt. *d. l. 19. §. f. ff. de jud. & l. 3. ff. de rebus auth. jud. possid. l. 21. ff. de O. & A. l. 100. ff. de solut.* Fac igitur, hîc *Salisburgi* contractum esse, & placuisse, ut *Viennæ* solveretur. Hoc casu non *Salisburgi*, ubi contractus initus, sed *Viennæ* debitor conveniendus est. *dd. textibus.* Dixi, *conveniendus est.* Adeoque locus destinatæ solutionis habetur pro loco contractûs præcisè in ordine ad forum, quem inde sortimur. Quoad alios effectus, ut ratione solennitatis, modi, & per-

& pertinentium ad obligationem ac corroborationem contractus, attenditur potius locus, in quo verba contractus fuerunt prolata, quam locus, in quem fuit collata solutio, per *d. l. 6. ff. de evict. Brunnemann ad l. 21. ff. de O. & A. n. 4. P. Wagnereck ad c. 17. de foro competenti.* Unde bene ad- 10
vertit *Palao d. punct. 24. §. 3. n. 4.* contractum dotalem in *l. 65. ff. de jud.* à memoratâ regulâ non excipi, sed quoad lucrum, onera, & alios conditiones fieri debere juxta leges loci, in quo celebratus est; quamvis, cum dos repetenda est, repeti debeat, ubi vir domicilium habet, non ubi dotis contractus celebratus, aut instrumentum dotale confectum est: quia bona viri obligata sunt doti solvendæ. *d. l. 65.*

Porro per contractum hoc loco designatur omnis 11
conventio, vera & quasi talis, nominata & innominata, dummodo ad agendum sit habilis. *d. l. 19. §. 1. & l. 20. ff. de jud. ac ibi Brunnemann.* Neque illud refert, quis contraxerit; dummodo ejus sit indolis, ut potuerit contrahere, & alteri se obligare. Hinc & clericus conveniri potest in loco contractus initi, puta, coram judice Ecclesiastico illius loci. *arg. c. ult. de foro competenti. P. Engel eod. tit. num. 39. Schambog ibid. n. 24. P. Pirhing ibid. n. 46.* ubi *exc. 17. d. tit.* deducit, clericum, esto jurisdictionem judicis non sui sive alieni, sine consensu superioris expressè prorogare nequeat, *c. 18. ibid.* posse tamen tacitè, ob assistentiam juris. Confer *Covar. pract. quest. cap. 11. n. 5.*

Sed quid dicendum de studiosis, qui debitis in loco 12
studiorum contractis, insalutato hospite indè discedunt, neque cautionem præstant, aut supellectilem relinquunt, unde creditoribus satisfiat? Respondet *P. Haynold operis de J. & J. tom. 5. tr. 1. cap. 5. contr. 3. n. 358.* Studiosos, quia, dum matriculæ inscribuntur, promittunt, quòd se velint sistere, quoties vocantur à Rectore Magnifico, posse ab hoc citari, ubicunque locorum existant.

- 13 Cæterum, sicut omnis regula suas limitationes patitur, ita etiam meminisse oportet, regulam *supra* n. 7. statutam suas habere exceptiones, seu dari casus exceptos, in quibus contrahens respondere non tenetur in loco contractus initi. Primus est, si expressè ita convenerit. *d. l. 19. §. 2. ff. de*
- 14 *jud.* Secundus, si quis contraxerit alicubi, confestim discessurus, aut præternavigaturus, atque adeò nullam penitus stationem, officinam, vel pergulam conductam habeat, quemadmodum mercatores, qui ad nundinas veniunt, habere solent. Durissimum enim foret, aliquem cogi tot locis se defendere, ac iudicium suscipere, vel detineri posse cum magno suo incommodo, quot locis iter facit. *d. l. 19. §. 2.* Planè si advena contrahat cum eo, qui ignorat, ipsum esse advenam, & mox discessurum (quæ ignorantia tamen in contrahente cum advenâ non præsumitur. *per l. 19. pr. ff. de R. J. Menoch. lib. 3. præsumpt. 88. Brunnemann ad d. l. 19. §. 2. ff. de jud. n. 15.*) dicendum est, tali casu advenam rectè conveniri in loco contractus initi, nè probabilis ignorantia noceat creditori, aut viatori profit sua culpa, quam admisit, dum conditionem personæ suæ alteri non manifestavit. *arg. d. l. 19. §. 2. ibi: quem scit inde confestim profecturum &c. Pirhing ubi supra n. 36.* Idem procedit, si contractum sit cum advena probabiliter de fraude suspecto, vel cui fides de pretio non est habita à venditore: nam & hic rectè poterit conveniri in loco contractus, vel saltem cogi ad satisfaciendum, quòd velit solvere in loco domicilii. *Frantzkius ff. de jud. n. 38. & 39. P. Engel de foro compet. n. 22. P. Haunold. d. contr. 3. n. 356.*
- 15 Tertius casus exceptus est, si quis constituerit se soluturum, quod vel ipse vel alius debebat: tunc enim respondere non tenetur in loco constituti, sed ibi, ubi contractus principalis fuit initus. *arg. l. 8. ff. de jud.*
- 16 Quartò legata & fideicommissa non semper petuntur

in loco contractûs, sive ubi hæreditas adita; sed quandoque in loco domicilii, nonnunquam ubi res sita, aliquando, ubi testator voluit, frequenter, ubi tota hæreditas, vel major pars ejus sita est. *l. 38. l. 50. & 2. seqq. ff. d. tit. l. 47. pr. ff. de legat. 1.* Respondeo II. Peregrinos teneri legibus juris 17 communis, si obligent in loco transitûs vel accessûs, esto in loco domicilii abrogatæ sint. Ratio est, quia jus commune, quantum est de se, ubique obligat; & solum ex accidenti est, quod alicubi non teneat, abrogatum scilicet per contrariam consuetudinem: quæ tamen ipsa consuetudo, cum odiosa sit, utpote contra jus commune, non debet ad alia loca extendi, sed restringi ad locum abrogationis, instar privilegii vel statuti cujusdam localis. *arg. c. 2. de constit. in 6.* Unde licet in Hispania moris sit, diebus Sabbathinis comedere intestina animalium; si tamen Hispanus per alias regiones transeat, eum ad abstinentiam, à jure communi Ecclesiastico præscriptam, sub peccato teneri, tenent *Palao d. punct. 24. §. 3. n. 8. P. Engel de constit. n. 28.* Similiter civis Mediolanensis, profectus ad limina Apostolorum, peccat, si Romæ primis quatuor diebus quadragesimæ carnes comedat; esto in patria sua id ipsi licitum sit. *Laymann d. cap. 12. n. 3. Haunold. tom 1. de J. & J. tr. 1. cap. 1. contr. 6. §. 2. n. 74.* Ubi hanc communem dicit sententiam, quam tandem etiam amplexus est *Thomas Sanchez, lib. 1. Decal. c. 12. n. 39. retrahens, quod docuerat lib. 3. de matr. disp. 18. num. 7.* Ubi in contrarium sic

Argumentabatur: absens modico tempore, fictione 18 juris habetur pro præsentem in illo loco, à quo abest, ita ut ejusdem privilegiis gaudere possit. *Concil. Trident. Sess. 23. de reformat. c. 1. ibi: quoniam autem, qui aliquantisper tantum absunt, ex veterum Canonum sententiâ non videntur abesse, quia statim reversuri sunt; Sacrosancta Synodus vult, illud absentia spatium singulis annis, sive continuum,*

sive interruptum, extra prædictas causas nullo pacto debere duos, aut ad summum tres menses excedere &c. ergo privilegium & favor exemptionis à legibus communibus vim habet extra territorium, à quo quis modico duntaxat tempore abest.

Rz. dist. antec. Absens modico tempore, fictione juris habetur pro præsentem in illo loco, à quo abest, ita ut ejusdem privilegiis gaudere possit in casibus jure expressis, concedo, ita ut ejusdem privilegiis gaudere possit in omnibus casibus, nego antec. & conseq. Si memorata juris fictio universim procederet, sequeretur I. excommunicatione per statutum Episcopi latâ eum teneri, qui modico tempore extra diocesin existens delinqueret. Sequeretur II. A sæcularibus iudicibus capi non posse malefactorem, si extra Ecclesiam, immunitate locali gaudentem, mox reversurus exiret; quod certè contra communem doctrinam, & praxin est. Undè benè notandum, quòd omnis fictio restringenda, nec ultra casus expressos extendenda sit. *Pruckman. consil. 2. n. 238. Guil. Forst. 2. obs. 25. Hering. de fidejuss. cap. 6. n. 101. Joan. Otto Tabor de metat. art. 3. th. 9.*

19 Respondeo III. Peregrinos non teneri legibus juris communis, in loco transitûs per contrariam consuetudinem abrogatis, vel ex aliâ ratione infirmatis, aut non receptis; tamen si leges illæ in proprio territorio, seu ibi, ubi domicilium habent, observentur. Ita *Sanchez d. disp. 18. n. 18. Lessius de J. & J. lib. 4. cap. 2. dubit. 8. n. 54. Suarez d. cap. 32. n. 3. Palao d. punct. 24. §. 5. n. 1. Laymann d. tr. 4. c. 11. n. 1. §. 4.* ubi testatur, hanc esse communiorum Doctorum sententiam. *Hau-nold d. controuv. 6. §. 2. n. 65.* Ubi rationem reddit, quòd leges non respiciant, nisi locum, pro quo feruntur, & ubi sunt receptæ, nec per contrarium usum abrogatæ; hocque pro-

20 pter conformitatem incolarum. *c. 2. de constit. in 6.* Ex quo colligitur I. Incolas, apud quos jus commune Tridentini Concilii viget, posse in alia regione, ubi id receptum

non

non est, inire matrimonium sine Parocho & testibus. *Sanchez d. disp. 18. n. 28. & 29. Palao d. §. 5. n. 4.* ubi hoc etiam admittunt in casu, quo quis solâ intentione contrahendi sine proprio Parocho, ad locum non recepti Concilii se confert. A quibus in hoc dissentiunt *P. Engel lib. 4. J. C. tit. 3. n. 20. vers. dico 4. & P. Illung. d. §. 3. n. 23.* ob Breve authenticum Urbani VIII. Anno 1627. editum, ubi sub irritatione prohibetur, tali animo è proprio domicilio se conferre ad aliud, ubi Tridentinum non est receptum. Colligitur

II. Ubi incolæ vel Parochiani possunt vesci carnibus, vel ovis certis diebus, ibidem id posse etiam peregrinos, etsi illo tempore in oppido vel parocchia illorum non liceat. Germanus igitur per Hispaniam transiens potest Sabbathis vesci intestinis animalium, & Mediolani quatuor primis diebus quadragesimæ comedere carnes. *Lessius d. dub. 8. n. 55.*

Colligitur III. Si aliquis ex Vallesia, ubi antiquum Julianum Calendarium retinetur, ex justa causa circa bacchanalia proficiscatur Constantiam, ubi novum Gregorianum Calendarium receptum est; eum, jejunio quadragesimali Constantiæ fortè jam transacto, ibidem carnibus vesci posse. *Laymann d. c. II. n. 8.* ubi tamen solummodò de Ecclesiis ac diocesisbus Catholicorum loquitur. Nam peregrinus Catholicus in tetras hæreticorum veniens teneretur jejunia observare secundùm Calendarium novum, nè secus propriæ Ecclesiæ legitimum morem contemnere videatur, sicque occasionem scandali præbeat. Planè incolas Catholicos, qui in hæreticorum terris v.g. Ulmæ versantur, putat memoratus Author, posse ex quadam æquitate, & præsumpto consensu Catholicorum Præsulum, ad communem pacem servandam, festa & jejunia celebrare secundùm Calendarium vetus: quibus deinde etiam peregrini Catholici, dum inter eos morantur, se conformare poterunt. Hæc *Laymann d. n. 8.*

21

Objic. I. Tamdiu obligatur quis patriæ legibus, quamdiu patriam non deseruit. Atqui advena, forensis, seu peregrinus patriam non deseruit, ergo &c. *R.* dist. majorem. Tamdiu obligatur quis patriæ legibus, quamdiu patriam non deseruit, hoc est, quamdiu vel alibi non fixerit domicilium, vel quamdiu in patria sua revera habitaverit, concedo, quamdiu patriam non deseruit, hoc est, quamdiu præcisè alibi domicilium non fixerit, nego majorem. Atqui peregrinus patriam non deseruit, disting. minorem, non deseruit, alibi figendo domicilium, concedo, non deseruit, in patriâ non habitando, nego minorem, & consequentiam.

Objic. II. Peregrini manent cives suæ patriæ, cùm casualis absentia habeatur pro præsentia. *arg. l. 78. §. f. ff. de legat. 3.* ergo &c. *R.* non sufficere, esse civem, sed requiri præterea actualem inhabitationem ad hoc, ut quis legibus communibus sui domicilii teneatur. Et quamvis in favorabilibus, de quibus *d. l. 88.* loquitur, casualis absentia habeatur pro præsentia; id tamen in præsentia odiosa materia non procedit.

Objic. III. Ex hoc sequitur, peregrinos omninò ex leges fore; cùm nec legibus loci, per quem transeunt, nec communibus teneantur sui domicilii, casu quo istæ in loco transitûs non vigent. *R.* neg. sequelam, prout partim constat ex responsione secundâ, & amplius constabit ex sequentibus responsionibus.

22

Respondeo IV. Peregrinos teneri legibus & statutis loci particularibus, si in utrôque loco vigeant, & in loco proprio domicilii, & in loco transitûs. Ita Sanchez *d. disp. 18. n. 3.* qui judicio *P. Engel de constit. n. 31.* sententiam circa obligationem peregrinorum præ cæteris diligenter examinat. *P. Laymann d. c. 11. in pr.* ubi cum prælaudato Sanchezio hoc certum esse dicit, nisi quis fortè legem, utriusque loco

loco communem, in uno jam explevisset; quo casu, præcepto, quod semel tantum obligat, bis satisfacere utique non teneretur. *Martinus Bonacina Theol. Moral. tom. 2. tr. de ll. disp. 1. quest. 1. puncto 6. n. 52.* apud quem *Sanchez, Suarez, & Salas*, contrarium absurdum putant. *Palao d. punct. 24. §. 3. n. 6. P. Petschacher d. q. 4. pag. m. 141.* qui testantur, Doctores in hoc convenire. *P. Haunold d. controuv. 6. §. 2. n. 75.* dicens, ita habere communem sententiam. Ratio est, quia præsumitur mens legislatoris se eò extendere, ut subditos etiam alibi velit esse obligatos, ubi eadem lex viget, ita ut ambo legislatores, ambòque territoria videantur quoad talem materiam convenire in unum; cum non deceat, hujusmodi peregrinum fieri melioris conditionis, quàm in utriusque territorii incolæ; præsertim cum ex hac obligatione peregrinus non magis gravetur, quàm gravatus erat existens in suo proprio domicilio.

Respondeo V. Peregrinos teneri quòque lege parti- 23
culari alieni territorii, si ea lata sit ad cavendum speciale damnum illius reipublicæ, quod æquè posset emergere per advenas, ac per incolas: vel ad procurandum speciale bonum, valdè necessarium illi loco. Ut si lex esset, nè quis de nocte arma ferat, nè vinum, frumentum &c. efferat &c. talibus, inquam, legibus æquè advenæ, ac incolæ comprehenduntur. Ita *Sanchez d. disp. 18. n. 14. Palao d. punct. 24. §. 3. n. 7. Laymann d. tr. 4. c. 12. n. 4. circa f. Haunold d. n. 75. P. Engel ubi supra n. 32.* ubi asserti hujus hanc rationem affert, quòd jure naturæ & gentium quis teneatur evitare alterius damnum; item quòd transitus non aliter à magistratu concedatur, quàm sub conditione observandarum talium legum, adeòq; qui transire volunt, ipso facto in se prorogent, & agnoscant jurisdictionem Magistratus. *arg. l. 1. ff. de jud. D. Gletle ubi supra n. 21.* hanc assignat, quia ejusmodi leges alioquin non sufficienter consulerent indemnitati provin-
ciae.

ciæ. Quæ etiam arridet *P. Petschacher d. q. 4. pag. m. 142.*
Extra hos casus

- 24 Respondeo VI. Peregrinos non teneri legibus particularibus alieni territorii, antequàm ibi aquirant domicilium, vel quasi. Ita *Martinus Bonacina Theol. Moral. d. punct. 6. n. 36. § 48. Sanchez d. disp. 18. n. 6. Laymann d. c. 12. n. 4. Haunold d. contr. 6. n. 76. Magnif. D. P. Petschacher d. q. 4. pag. m. 144. Clariff. D. P. Paulus Mezger tr. de ll. cap. 5. §. 5. n. 12. P. Engel de Constit. n. 31. Lauterbach in Colleg. Pandect. ad tit. de ll. §. 16. D. Gletle d. §. 3. n. 23. & alii.*

Probatur I. Omnis obligatio, ex lege resultans, supponit ex parte obligantis jus & jurisdictionem in personam obligatam : at peregrinus non subjicitur jurisdictioni & imperio loci, quem eo animo ingreditur, ut post breve tempus iterum discedat ; ergo peregrinus non obligatur legibus particularibus loci, quem eo animo ingreditur, ut post breve tempus iterum discedat. Minor prob. jurisdictioni ordinariæ alicujus loci non subjiciuntur, nisi membra & partes communitatis : sed peregrinus, transeunter & ad breve duntaxat tempus in aliena provincia commorans, non est membrum aut pars communitatis illius alienæ provinciæ ; ergo non subjicitur jurisdictioni & imperio loci, quem eo animo ingreditur, ut post breve tempus iterum discedat. Min. rursus probatur : pars communitatis seu subditus quis fit vel ratione domicilii, veri aut quasi talis, vel ratione contractûs, delicti, rei sitæ &c. Sed in nostro casu supponitur, peregrinum ex nullâ harum causarum in aliena provincia fortiri forum, ergo &c. Faciunt *l. ult. ff. de jurisdictione. l. 19. §. 2. ff. de jud. c. ult. de foro compet. c. 21. de sententia excommunicationis.*

Probatur II. Si esset aliqua ratio, cur particularibus loci legibus peregrini tenerentur, esset hæc, ne cæteroquin pax & tranquillitas turbetur alienæ provinciæ, dum incolæ ejus

læ ejus facile occasionem arripiunt spernendarum legum, quas vident à peregrinis non observari. Sed hæc ratio non stringit, ut peregrini particularibus loci legibus stringantur; quia jam suppetit lex alia, quæ periculo huic sufficienter prospexit; lex naturæ videlicet, quâ peregrini, sicubi periculum scandali versetur, legibus loci se conformare tenentur: ergò non est ratio, cur peregrini, secluso scandalo, particularibus loci legibus teneantur.

Probatur III. Est dubium, an peregrini particularibus provinciæ legibus obstringantur; tum quia nullo jure expressum est, quòd legislatores id velint; tum quia est sententia certò probabilis, quòd non obstringantur. Ergo non obstringuntur; contra illum enim facienda est interpretatio, qui legem potuit dicere apertiùs. *l. 39. ff. de pactis. l. 21. ff. de contrah. empt. c. 57. de R. J. in 6. & in dubio præferenda est pars benignior. l. 9. l. 56. l. 192. §. un. ff. de R. J. c. 30. eodem in 6.* Ex qua sic firmatâ sententiâ infert *P. Mezger loco, ubi supra*, quòd Studiosus Salisburgensis dioecesis Passaviensem transiens (remoto scandalo) in Festo S. Georgii sacrum audire non teneatur.

Sed opinionis contrariæ sunt *Franc. Suarez lib. 3. de 25 ll. cap. 33. n. 3. & seqq. Didac. Covar. var. resolut. lib. 4. cap. 20. n. 8. Palao d. punct. 24. §. 3. n. 11. Clarissimus Collega D. P. Franc. Schmier tr. Jurid. de Jure Legali c. 5. sect. 3. §. 4. n. 100. Zoëf. ff. de ll. n. 33. & ad decret. tit. 2. lib. 1. num. 33. Struv. exercit. ad pand. 2. th. 12. Eckolt ff. de ll. §. 12. Schambog. Inst. de J. N. G. & C. §. 4. in f. & ad tit. Jur. Can. de constit. n. 31. & alii*, quorum argumenta sunt ferè sequentia.

Argumentum I. Desumitur ex *Can. 2. dist. 8. & Can. 26 11. dist. 12.* in quorum priore textu S. Augustinus ita: *quæ contra mores hominum sunt flagitia, pro morum diversitate vitanda sunt, ut pactum inter se civitatis, aut gentis consuetudine, vel lege firmatum, nullâ civis, aut NB. peregrini li-*

bidine violetur. Turpis enim omnis pars est suo universo non congruens. Idem in posteriore ita: nec disciplina nulla est in his melior gravi, prudentique Christiano, quam ut eo modo agat, quo agere viderit Ecclesiam, ad quam fortè devenerit. Quod enim neque contra fidem, neque contra bonos mores injungitur, indifferenter est habendum, & pro eorum, inter quos vivitur, societate servandum est. Et postea ibidem S. Ambrosius à S. Augustino consultus: cum Romam venio, jejuno Sabbatho: cum Mediolani sum, non jejuno. Sic etiam tu, ad quam fortè Ecclesiam veneris, ejus morem serva &c. Ex quo trivialis ille versus initium duxit:

Si fueris Roma, Romano vivito more,

Si fueris alibi, vivito, sicut ibi.

Ergo supponunt SS. Patres, peregrinos teneri legibus locorum, ad quæ perveniunt. R. 1. Esto decreta Patrum magnæ authoritatis sint, & privatis Doctorum opinionibus præferenda. *cap. 5. de constit.* interim tamen authoritatis tantæ non sunt, ut vim legis decisivam habeant. R. 2. antec. intelligendum esse vel de peregrinis aquirentibus quasi domicilium, quia alioquin non sunt pars; vel de legibus universalibus, & utrique territorio communibus; vel de particularibus quidem, sed quæ specialiter peregrinos aut publicam tranquillitatem conservandam concernunt; vel quòd conformitas illa sit honestatis, non necessitatis, consilii, non præcepti; vel denique quando aliis imminet scandalum ex transgressione, prout patet ex ultimis verbis D. Ambrosii in *d. Can. 11. dist. 12.* ibi: *si cuicumque non vis esse scandalo, nec quemquam tibi.* Idem respondendum ad textum in *Can. 1. dist. 41.* ubi S. Augustinus ait, quòd, quisquis rebus prætereuntibus restrictius utitur, quam sese habent mores eorum, cum quibus vivit, aut intemperans sit, aut superstitiosus.

de observat. jejun. ubi Innocentius III. consultationi Archi-
Episcopi Bracharensis respondit, voluitque, nè in partibus
suis esum carniū in Sabbatho permetteret, & ut contrafa-
cientes ad abstinentiam compelleret, eò quòd in partibus
illis hoc nullatenus fieri consueverit, alii id ægrè ferrent, &
occasio detrahendi indè nasceretur. R. 1. textum loqui

de tali casu, quo aliis ex transgressione legis præbetur scan-
dalum; prout satis colligitur ex verbis *d.c. 2. ibi: cum hoc
aliis molestè feratur, & oriatur indè illis occasio detrahendi.*

Ad quod cavendum peregrinus jure naturæ tenetur, ita ut,
si scandalum præbeat, puniri possit, tanquàm transgressor
illius juris; non autem præcisè ut transgressor legis positivæ.

R. 2. oppositum textum solummodo intelligendum
esse de incolis, qui ad ejusmodi consuetudinem servandam
compelli deberent; vel de consuetudine generali abstinendi
à carnibus die Sabbathi, quâ generaliter receptâ etiam
advenæ adstringuntur, quamvis in proprio territorio con-
trarium obtineret.

Argumentum III. Ita necitur: est convenientissi- 28
mum, in omni loco commorantes ejus legibus conforma-
ri, estque rectæ gubernationi, paci, ac tranquillitati neces-
sarium; ergo debet legislatori competere potestas obligan-
di ad ista. R. concedendo, esse convenientissimum, sed
negando, esse necessarium in omni materia: nam quando
lex est de bono specialiter necessario illi Reipublicæ, respon-
dimus *supra n. 23.* advenas obligari. Non esse autem sem-
per specialem necessitatem, patet vel in sola variatione bre-
viarii. *Haunold. d. §. 2. n. 77.*

Argumentum IV. à *Suarezio d.c. 33. n. 4.* sic instrui. 29
tur. Brevis absentia sufficit ad eximendum à subjectione le-
gis in proprio territorio obligantis, prout ipsi docuimus *su-
prà n. 19.* ergo etiam brevis præsentia sufficit ad subjicien-
dum, saltem transeunter, legibus obligantibus in alieno ter-
ritorio.

itorio. R. neg. conseq. Ratio disparitatis est, quòd discedens ex suo territorio, hoc ipso egrediatur sphæram jurisdictionis, ad solum territorium sese extendendis, adeoque transeunter saltem deferat suum forum. Econtra ingrediens alienam provinciam eo animo, ut post breve tempus iterum discedat, nullo modo, nè quidem transeunter, sortitur forum, cum modi, ita sortiendi forum, juribus sint incogniti. Confer l. 47. ff. de O. & A.

- 30 Argumentum V. Sequenti modo formari potest. Ipsimet supra n. 22. admittimus, peregrinos teneri legibus & statutis loci particularibus, si in utroque loco vigeant, & in loco proprio domicilii, & in loco transitus. Ergo etiam tenentur, licet in loco proprio domicilii non vigeant. Consequentia prob. Ideò tenentur in priori casu, quia exinde non gravantur, cum in suo territorio existentes fuissent obstricti: at neque in posteriori casu gravantur, quia gravamen compensatur exemptione legum sui territorii; ergo etiam in posteriori casu tenentur. R. det P. Illsung d. §. 3. n. 21. disparitatem, cur obligatio legum proprii domicilii in loco peregrinationis receptarum redeat, & tamen aliarum non de novo adveniat, facile reddi; cum enim favores sint ampliandi; ideò peregrini aliorum locorum privilegiis, & legum exemptionibus, quando eadem latæ non sunt, quidem relevantur, non tamen oneribus, in utilitatem aliarum communitatum impositis, gravantur. P. Petschacher d. q. 4. pag. m. 145. respondet, disparitatis rationem consistere in eo, quòd in antecedenti advena foret melioris conditionis, quàm utriusque territorii incolæ; neque gravetur extra suum territorium magis, quàm gravatus fuerit intra illud, eisdem quippe legibus ligatus. Econtra in consequenti magis graveretur extra suum territorium, quàm intrà illud; legibus quippe ligatus, quibus antè in suo obstrictus non fuerat, adeoque deterioris conditionis esse. Neque ad rem esse

esse videtur, quod in minore probationis de compensatione dictum est, quasi nimirum gravamen obligationis cum commodo exemptionis pensari deberet. Nam esto non ignorem, secundum naturam esse, ut onera cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda. *l. 10. ff. de R. J. cap. 55. eodem in 6.* meminisse tamen velim, huic juris regulæ tunc solummodò locum esse, quando commodi & incommodi par est ratio, ac utrùmque ex eodem fonte fluit. *arg. §. ult. Inst. de legit. patron. tut. § 3. Inst. de empt. l. 29. ff. pro socio. l. 34. §. pen. ff. de contrah. empt. l. 5. §. 2. ff. de rescind. vend. l. 1. pr. ff. de evict. l. 7. & 8. pr. l. 16 ff. l. 1. l. 5. Cod. de peric. & commodo rei vend. l. 73. pr. ff. de R. J.* Quòd si commodum ex unâ, incommodum ex alia causa descendat, non procedit, quod in *d. l. 10. ff. de R. J.* dicitur. *arg. l. 11. ff. de negot. gestis. l. 17. §. 1. ff. pro socio. l. 14. princ. ff. de peric. & commodo rei vend. Ludwell ad d. l. 10.* Atqui commodum exemptionis descendit ex defectu jurisdictionis, seu limitatâ sphærâ activitatis, ultra quam agentia etiam moralia vim agendi extendere non possunt. Gravamen autem, & onus novæ obligationis deberet consurgere ex nova jurisdictione legislatoris, per cujus territorium peregrinus transit; de quâ tamen non constat. Ergo ex eo, quòd peregrini extra locum domicilii existentes, propriis legibus sint soluti, non benè infertur, eos jure compensationis onus ferre, & leges observare debere illius loci, per quem transeunt. Paulò aliter respondet *Sanchez d. disp. 18. n. 24. in f.* adducto axiomati locum esse, quando onus habet quandam connexionem cum commodo, sicuti beneficiarius meritò sentit onus obligationis ad recitandas horas Canonicas, quia etiam sentit commodum beneficii; non autem, cùm onus & commodum sunt disparata, ut hìc contingit. Confer *Laymann d. c. 12. n. 5.*

Argumentum VI. Quo etiam *Palao* utitur, est hoc. 31

Y 2

Quando

Quando advena peccat in jus naturæ vel gentium, puniri potest in loco admissi; quia interest Reipublicæ, scandalum, scelere datum, exemplo poenæ reparari: ergo potest etiam puniri, si peccet in particulare jus loci; quia interest Reipublicæ, scandalum, transgressione legis datum, exemplo poenæ reparari. R. cum *Haunoldo d. §. 2. n. 78.* negando suppositum consequentis. Non enim delinquit advena, si, secluso scandalo, jura loci non observet. Quòd si versetur periculum scandali, patet ex supra dictis, delicti reum esse, ac puniri posse: non ideò tamen, quòd legem loci violaverit; sed quia peccavit in jus naturæ, quo districtè prohibemur dare scandalum.

2 Argumentum VII. Depromitur ab instantiâ, quòd nimirum peregrinus sacerdos, si veniat ad locum interdictum, non possit ibidem divina celebrare, aut mortuum sepelire. *Pirhing. de sent. excommunicat. n. 216.* Ergo etiam peregrinus tenebitur ad observationem legum particularium cujusque territorii, cum tanquam locales immediatè locum afficiant. R. neg. conseq. Disparitas est, quòd antecedens non proveniat ex directâ obligatione interdicti respectu peregrinorum; sed ex incapacitate illius loci, qui tali interdicto directè affectus est; qua de causâ nè quidem infantes vel amentes, esto interdicti incapaces, in loco interdicto sepeliri possunt, testibus *Schambog. ad d. tit. n. 157. per c. 11. de pœnitent. & remiss. & Covar. in c. Alma mater Ecclesia. 24. de sent. excommunicat. in 6. p. 2. §. 4. n. 5.* Econtra leges locales locum directè non afficiunt, sed inhabitantes, & jurisdictioni loci, quem inhabitant, subjectos.

33 Argumentum VIII. Subministrant vagabundi, sive qui nullibi certam sedem, certumvè larem habent, quos legibus loci, per quem transeunt, teneri sustinent *Sanchez d. disp. 18. n. 15. Bonacina d. punct. 6. n. 54. Palao d. punct. 24. §. 4. n. 3. Clarissimus D. P. Mezger d. §. 5. n. 15. Haunold d. contr.*

contr. 6. §. 3. n. 79. dicens, hanc opinionem esse communem, usu receptam, & ideò ab eà non recedendum. Ergo etiam peregrini tenentur legibus loci, per quem transeunt; quemadmodum enim vagi intuitu privilegiorum & favorum, quibus fruuntur in locis, ubi morantur, subterfugere non possunt onera & obligationem legum ibidem vigentium, ita nec poterunt peregrini. R. ad antecedens: id quidem probabiliter defendi à *Sanchezio* & aliis suprà citatis; at verò contrarium probabiliùs à *Lessio d. c. 2. dubit. 7. n. 49. Laymanno d. c. 12. n. ult. D. Gletle d. §. 3. n. 25. & aliis.* Ratio est, quòd nemo sortiatur forum, neque fiat membrum alicujus communitatis, seu subditus, nisi vel ratione veri, aut quasi domicilii, vel ratione contractùs, vel delicti, vel ratione rei sitæ, aut quandòque ratione originis sive patriæ. *c. f. de foro compet.* quæ omnia in vagis deficiunt. Deindè si vagabundi in territorio, in quo delictum non commiserunt, capiantur, remittendi sunt ad locum delicti, ut ab illius judice, remissionem urgente, puniantur; testibus ipso-
met *Palao, P. Petschacher, & aliis,* sententiæ nostræ aliàs non faventibus; ex ratione, quòd quis non videatur subjectus judici loci, quà transit, in punitione delictorum, quæ alibi sunt commissa. Ergò vagi planè non sunt subditi communitatis. Neque

Dicas I. Vagabundos per suam præsentaneam habitationem sortiri domicilium, nè aliàs omninò exleges sint, contra rectam eorum & Reipublicæ gubernationem. Nam R. quàm parùm peregrini per nudam præsentaneam habitationem domicilium sortiuntur, tam parùm sortiri vagos. Et quemadmodum peregrini legibus tum communibus, tum particularibus, specialem Reipublicæ pacem concernentibus, obstringuntur, sic quoque obstringi vagabundos. Negatur prætereà, quòd recta gubernatio politica postulet, ut vagi, secluso scandalo, aliisque incom-

modis, jure naturæ prohibitis, particularibus locorum legibus obligentur.

- 35 Neque dicas II. Ex eo, quòd vagabundi à loci Magistratu capi, atque puniri possint ob delicta, etiam alibi commissa, uti videre est apud *Wagnereck ad c. ult. de foro compet.* sufficienter colligi, eos in quovis loco præsentia suæ sortiri forum, ac legibus subjici. Nam R. eo eo, quòd specialiter publicæ securitatis gratiâ nocentes hodie sortiantur forum, ubi reperiuntur, malè inferri ad forum in casibus aliis. Etiam qui alibi fixum habent domicilium, sortiantur forum in loco, ubi reperiuntur, absque eo, quòd sortiantur simpliciter. Quod benè advertit *Carpzov. pract. Crim. p. 2. quæst. 54. n. 48. Et p. 3. q. 110. n. 69.* scribens, nocentes reos forum sortiri, etiam ubi reperiuntur ac deprehenduntur, NB. maximè si sint vagabundi. Videantur *l. 3. ff. de officio Prasidis. l. 1. Cod. ubi de Crim. agi oport. l. 2. Cod. ubi Senator. vel Clariss. l. 1. Cod. ubi quis decur. vel cohort.*



QUÆSTIO IX.

Quid, & quotuplex sit jus accrescendi?
an omnis conjunctio id operetur?
quibus competat? quæ ad illud requirantur? quis ejusdem effectus?
& ex quibus causis cesset?

SUMMARIA.

1. *Etymologia Juris accrescendi.*
2. *Homonymia.*

3. *Et*

3. *Et synonymia ejus.*
4. *Definitur jus accrescendi.*
5. *Dividitur in legale & non legale.*
6. *In reale & personale.*
7. *Et à quibusdam in jus accrescendi in specie tale, & jus non decrescendi; quod posterius, multi volunt, locum habere in conjunctione reali.*
8. *Quorum sententiæ non subscribimus.*
9. *Sed fundamentum illorum evertimus.*
10. *Statuitur jus & tempus, quo jus accrescendi introductum fuit.*
11. *Conjunctio fit vel à solâ lege, vel à solo homine, vel à lege & homine simul. Prima & tertia operantur jus accrescendi in hæreditatibus testamentariis & legitimis.*
12. *Secunda in legatis, estque vel realis tantum, vel verbalis tantum, vel mixta.*
13. *Quarum ultima jus accrescendi certò inducit.*
14. *Quamvis textus quidã ob stare videantur, qui solvuntur.*
15. *Etiã conjunctio realis tantum in legatis jus accrescendi operatur, sed sine onere, quod conjunctio mixta imponit.*
16. *Cujus discriminis ratio quædam assignatur à D. Sebastiano Mayer.*
17. *Quæ tamen displicet; proindeque alia redditur.*
18. *Proponitur controversia, utrùm etiã conjunctio verbalis tantum operetur jus accrescendi?*
19. *Adducuntur Authores negativam sustinentes.*
20. *Et argumenta, quibus utuntur.*
21. *Defenditur sententia affirmativa, & referuntur ejusdem Patroni.*
22. *Unacum fundamentis, quibus firmatur.*
23. *Diluuntur argumenta contraria.*
24. *Subjectum juris accrescendi.*

25. Portio deficiens regulariter heredibus etiam invitis accrescit.
26. Pars vacans heredibus accrescit cum onere aris alieni, item legatorum à deficiente relictorum.
27. Respondetur ad textus oppositos.
28. Etiam legatariis invitis pars deficiens accrescit, si re tantum conjuncti fuerint; secus in conjunctione mixtâ.
29. Infringuntur argumenta contraria.
30. Proponitur controversia, an jus accrescendi transeat in emptorem hereditatis? Et attexuntur Authores utriusque sententia.
31. Quos inter distinctionis medio concordia obtinenda videtur.
32. Objectum juris accrescendi est portio vacans, vel etiam omissa; Et quidem regulariter species.
33. Agitur de requisitis juris accrescendi.
34. In medium producuntur fundamenta sententiæ, negantis, jus accrescendi etiam tunc locum habere, cum portio non ipso jure, sed ope solum exceptionis deficit.
35. Præfertur tamen sententia affirmativa.
36. Eneruantur argumenta negantis.
37. Recensentur casus, in quibus pars jam semel acquisita nihilominus jus accrescendi adhuc admittit.
38. 39. Et 40. Pertexitur tela requisitorum juris accrescendi.
41. Quod in contractibus Et aliis actibus inter vivos regulariter locum non habet.
42. Solvuntur objectiones.
43. Obtinet autem in unione prolium.
44. Legitima filiis debita jus accrescendi admittit, si sermo sit de minuendâ; secus, si de augendâ.
45. Quod magis dilucidatur exemplis.
46. Eliduntur argumenta contraria.
47. Jus accrescendi etiam in feudo locum habet, sed non sine distinctione.

48. *Objectiones solvuntur.*
49. *Expenditur ultimum requisitum juris accrescendi.*
50. *Portio vacans & heredibus, & legatariis, pro portionibus hereditariis accrescit.*
51. *Explicantur textus contrarii.*
52. & 53. *Adornatur duplex effectus juris accrescendi.*
54. & 55. *Tractantur ejusdem contraria.*
56. *Substitutio inutilis non facit cessare jus accrescendi.*
57. *Cum temperamento quodam asseritur, testatorem in hereditate quoque jus accrescendi prohibere posse.*
58. *Sequuntur causæ reliquæ, ob quas jus accrescendi cessat.*

Cùm materia juris accrescendi teste *Vultejo* difficillima & subtilissima, ac teste *Hottomanno* spinosissimum & in toto jure maximè perplexum caput audiat, placuit eandem seligere, ac aliis quæstionibus selectis immiscere.

Vox *accrescendi* tracta est ab alluvione *arg. l. 33. in f. 1 ff. de usufr.* ubi jus accrescendi (in vernaculâ nostrâ das *Anwachsungs-Recht*) cum alluvione confertur. Ac

Sumitur quadrifariam. Imprimis generaliter, dein specialiter, tum specialius, denique specialissimè. Generaliter pro quovis augmento, tum naturali, tum civili. Ita accipitur in *l. 12. ff. de condict. causâ datâ, causâ non secutâ. l. 30. princ. l. 56. princ. ff. de aq. rer. dominio.* Specialiter pro accessione vacantis portionis, quæ alterius conjuncti occupatæ parti citrà factum hominis ipso jure accedit. Ita in *§. 8. Inst. de legatis. l. 53. §. un. ff. de aq. vel omit. heredit. l. un. Cod. de caducis tollendis.* Specialius pro acquisitione servi communis, cui alter sociorum vel vindictâ vel testamento libertatem dedit. Ita in *§. f. Inst. de donat.* quod tamen jure Codicis in *l. 1. Cod. de communi servo manumisso*, favore libertatis mutatum fuit. Specialissimè denique pro jure, quo par

non vacans, sed divisa jam, & post realem concursum ite-
rùm amissa, accrescit alteri. Ita in *l. 1. §. 3. l. 10. ff. de usufru-
ctu adcrecendo.*

3 Terminis aliis dicitur jus conjunctionis *l. 16. in f. ff. quibus modis usufructus vel usus amittitur.* Item tacita quædam substitutio *l. 61. §. 1. ff. de legat. 2.*

4 Definitur, quòd sit jus, quo portio deficiens vel amissa vi conjunctionis, vel ex simplici legis dispositione acquiritur. Neque dicas, posteriores particulas redundare, eò quòd causa efficiens non debeat poni in definitione. Nam sciendum, aliud esse, causam efficientem poni in definitione in recto, aliud, poni in obliquo, tanquàm terminum connotatum, seu in obliquo inclusum in ipsâ formâ. Illud vitiosum est, hoc non etiam. Atque posteriori modo conjunctio, & simplex legis dispositio ponitur in definitione juris accrescendi. Confer *Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 13. th. 3. lit. A. in verb. tertia quæstio est.*

5 Dividitur variè. Primò in legale, & non legale. Legale dicitur, quo ex dispositione legis portio accrescit alteri. Non legale, quo ex dispositione hominis portio alteri accedit. Tale jus accrescendi locum habet in legatis, quibus relictis, præscindendo à voluntate testatoris, pars deficiens citrà ullam absurditatem juris aut rationis persistere posset penes hæredem; quòd igitur collegatario accrescat, soli voluntati hominis, legatarios conjungentis, refertur in acceptis. *Carpzov. Jurisprud. for. p. 3. constit. 2. def. 18. num. 3. Bachov. ubi supra. in verb. altera quæstio est.* Confer nos ad *Tit. de legatis. §. 6. n. 9.* Dissentit Wilhelmus Ludwell, dùm in *dissert. jurid. de jure accrescendi th. 4. in f.* ait, non videri probandam opinionem illorum, qui in legatis solam testatoris voluntatem causam esse arbitrantur. Jus accrescendi legale scinditur ulteriùs in purum & mixtum. Legale purum est, quod citrà factum hominis à solâ lege tribuitur, prout

proût fit in hæredibus ab intestato, quorum successionem sicuti solius legis beneficium esse, ideóque propriè & per excellentiam legitimam in jure nostro dici, probavimus *lib. 3. Instit. tit. 1. & seqq. §. 3. n. 8.* Ita jus quoque accrescendi, quod accessio quædam est successionis ab intestato, soli legi adscribimus *arg. c. 42. de R. J. in 6.* Jus accrescendi mixtum est, quod lex tribuit dependenter ab ultimâ hominis voluntate. Hoc locum habet in hæredibus testamentariis, bonorum possessoribus &c. quamvis enim provisio legum ultimis voluntatibus subveniat, & nemo facere possit, quò minùs leges in suo testamento locum habeant *l. 55. ff. de legat. 1.* interim tamen, cùm liberæ voluntati testatoris relinquatur, velinè hæredes disjunctim, an conjunctim instituere, meritò jus accrescendi indè manans non soli legi, quæ voluntatem defuncti amplectitur & confirmat *l. 130. ff. de R. J.* sed dispositioni humanæ quoque tribuitur. Ad utrâmq; subspeciem faciunt textus in *l. 53. §. un. ff. de aq. vel omit. hæredit. l. 61. §. un. ff. de legat. 2. l. 9. ff. de suis & legit. hæred. l. un. Cod. quando non petentium partes petentibus accrescant.*

Secundò dividitur in reale & personale. Reale est, 6 quo proprietas: personale, quo usufructus acquiritur. Differentia notabilis harum specierum consistit in eo, quòd usufructu fundi v. g. duobus legato, & ab uno repudiato, si postea alter quoque repudiet, pars deficiens accrescat primo repudianti. *l. 1. §. 3. l. 10. ff. de usufr. accrescendo. l. 14. §. 1. ff. de except. rei jud.* Ubi ratio redditur, quia usufructus non portioni, sed homini accrescit. Rationem rationis dat *Lud. well d. dissert. q. 2. & 23.* Econtra proprietate duobus legatâ, si unus partem suam petendo succumbat, & postea alter suam repudiet, pars deficiens primo repudianti non accrescit, quia hoc jus accrescendi reale est, seu imitatur naturam alluvionis, ac sequitur portionem, non personam. *l. 33. §. un. in f. ff. de usufructu &c. & ibi Brunnem. n. 3.* Ter.

7 Tertiò dividitur jus accrescendi à quibusdam in jus accrescendi in specie tale, & jus non decrescendi. Illud dicunt obtinere in conjunctione verbali & mixtâ: hoc locum habere in conjunctione reali. Ita *Gozean. lib. sing. de jure accrescendi n. 10. Vult. ad S. f. Inst. de donat. Ant. Faber Decad. 49. err. 1. Wesenbec. in paratit. ff. de usufructu adcre-scendo. n. 4. Vasq. de success. §. 21. n. 51. Robert. 2. sent. 25. in f. ff. Hillig. ad Donellum 7. comment. 13. lit. I. D. Mayer disp. jurid. de legatis cap. 5. n. 5. Mantica de tacitis & ambig. convent. lib. 23. tit. 38. n. 36. & DD. communiter, fundantes se in l. 80. ff. de legat. 3. & l. un. §. 11. Cod. de caducis tollendis. In quarum priore Jctus Celsus ait, in conjunctis legatariis partes concursu fieri: & in posteriore Imperator Justinianus ita inquit: *sin verò non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus fortè eam accipiat: hæc solida ejus sit: NB. quia sermo testatoris omnibus primâ facie solidum assignare videtur, aliis super-venientibus partes à priore abstrahentibus, ut ex aliorum quidam concursu prioris legatum minuatur. Sin verò nemo alius veniat, vel venire potuerit: tunc non vacuatur pars, quæ deficit, nec aliis accrescit, ut ejus, qui primus accepit, legatum augere videatur: sed apud ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta &c.* Ex quibus textibus præmemorati Authores facilè sic arguunt: si re conjuncti legatarii partes concursu demùm faciunt, initio autem solidum habent, tunc implicat, iisdem competere jus accrescendi: quid enim accrescat, solidum jam antea habenti? Atqui verum est, quòd re conjuncti legatarii partes concursu demùm faciant *d. l. 80. ff. de legat. 3.* Initio autem solidum habeant *d. l. un. §. 11. Cod. de caducis tollendis.* Ergò etiam verum est, quòd implicet, re conjunctis legatariis jus accrescendi competere.*

8 Tenendum nihilominus cum *Bachovio d. th. 3. lit. A in verb.*

in verb. incipit hic tractatio. Carpzovio d. const. 2. def. 14. n. 3. & Wilhel. Ludwell d. dissert. th. 13. § 16. q. 4. § 24. jus accrescendi etiam in re conjunctis locum habere. Nam præterquam, quod voces hæc, jus non decrescendi, priscis JCtis & Imperatoribus planè incognitæ fuerint, non desunt juris loca, in quibus dilucidè statuitur, etiam in re tantum conjunctis jus accrescendi obtinere. Sic enim statim in l. 1. §. 3. ff. de usufructu accrescendo. Ulpianus ait, interdum tamen, etsi non sint conjuncti (intellige non verbis, sed re duntaxat, prout ex subjecto exemplo amplius patebit) tamen usufructus legatus alteri accrescit, ut puta, si mihi fundi usufructus separatim totius, & tibi similiter fuerit relictus, nam (ut & Celsus lib. 18. Digestorum, & Julianus lib. 35. scribit) concursu partes habemus &c. En ! licet Ulpianus in hac lege conveniat cum Celso in cit. l. 80. ff. de legat. 3. ac re tantum conjunctos concursu partes facere asserat, justamen accrescendi inter eosdem admittit : ergò falsum est, re tantum conjunctos solo jure non decrescendi gaudere. Deindè dicitur in § 8. Inst. de legatis, quòd, si eadem res duobus conjunctim legata sit, & ambo ad legatum perveniant, hoc inter illos scindatur : quòd si verò alter legatum spreverit, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertineat : ergò re conjuncti ab initio solidum non statim habent, sed tunc demùm acquirunt, quandò alter deficit. Gemina habentur in l. 16. princ. l. 34. §. 9. l. 85. ff. de legat. 1. l. 88. §. 6. in f. ff. de legat. 2. l. 56. princ. ff. de V. O. Accedit textus in l. 34. ff. ad leg. aquil. ubi servo duobus legato, & occiso, si unus legatum repudiaverit, alter rectè dicitur in solidum ex lege aquiliæ agere, ratione in l. 35. ff. eod. subjunctâ, quia retrò accrevisse dominium eidem videtur : ergò ista non sunt incompatibilia, retrò dominium in solidum obtinere, & obtinere jure accrescendi. Adhæc, esto hæreditas pro parte aut sub conditione adiri
B b nequeat,

nequeat, sed tota purè adeunda sit; quòd si tamen unus purè, & alter sub conditione hæres scriptus sit, conditione deficiente dicitur pars hujus accrescere purè adeunti *l. 26. §. un. ff. de condit. & demonstrat.* ergò jure accrescendi etiam ille gaudet, qui jam antecederet totum habet.

- 9 Ad argumentum contrarium *R.* disting. majorem, si re conjuncti legatarii partes tam habituales, quàm actuales concursu demùm faciunt, initio autem solidum perfectè, absolutè, & plenè tale habent, tunc implicat, iisdem competere jus accrescendi, concedo majorem, si re conjuncti legatarii partes solùm actuales concursu demùm faciunt, & initio solidum habent tantùm imperfectè, minùs plenè, & conditionatè, seu in casum, quo alter deficiat, tunc implicat, iisdem competere jus accrescendi, nego majorem. Atqui verum est, quòd re conjuncti legatarii partes actuales concursu demùm faciant, & initio solidum habeant imperfectè, minùs plenè, & conditionatè, concedo minorem, quòd partes habituales concursu demùm faciant, & initio absolutè, perfectè, ac plenè solidum habeant, nego minorem & consequentiam. Quòd re conjuncti legatarii solùm aptitudinaliter & conditionatè, si nimirum nullus conjunctorum concurrat, solidum habeant, nullo modo autem simpliciter & actualiter, patet manifestè ex eo, quia alteruter altero nondum deficiente solidum prætere nequit, per jura suprà à nobis adducta. Hæc ipsa distinctione occurri potest argumento *Vultejj*, qui sic discurret: aut est concursus, aut non est concursus. Si prius, pars est occupata, consequenter cessat jus accrescendi. Si posterius, iterum cessat, quia partes non sunt factæ, in quibus jus accrescendi locum habere posset. Nimirum distingui debet inter concursus actualem & habitualem, vel, ut verbis utar *Bachovii ubi suprà in f.* inter concursus facti, & juris. Si nec actualiter, nec habitualiter est concursus, cessat jus accre-

accrescendi, concedo, si non est concursus actualiter seu concursu facti, est tamen concursus habitualiter seu concursu juris, cessat jus accrescendi, nego. Similiter si est concursus & habitualiter & actualiter, cessat jus accrescendi, esto, si tantum concursus est habitualiter, non autem actualiter seu ipso facto, nego : tunc enim dici non potest, partem esse occupatam.

Causa efficiens juris accrescendi duplex est, proxima ¹⁰ & remota. Remota est ejus. Sed quale ? sunt, qui lege 12. tab. introductum asserant. Sed refutantur à *Duareno lib. 1. de jure accrescendi. cap. 1.* Quidam ad legem Papiam referunt. Malè ! nam ex *l. un. Cod. de caducis tollendis* sufficienter colligitur, jus accrescendi antè legem Papiam fuisse. Alii nullâ certâ lege inductum, sed mediâ ferè jurisprudentiâ cæpisse arbitrantur. Sed huic sententiæ contrariari videtur textus in *l. 5. in f. ff. de vulg. & pupill. substit.* ubi Ictus Cajus de jure accrescendi loquens dicit, eum, qui ex parte hæres est, partem alterius per legem vindicare. Verius itaque videtur, quod videtur *Amadeo Eckolt ff. de usufructu accrescendo §. 3.* nimirum jus accrescendi necessitate & interpretatione prudentum tempore Augusti propter calamitatem belli invalescere cæpisse, ac à Justiniano in *d. l. un. Cod. de caducis toll.* in Rempublicam fuisse revocatum. Dixi I. *necessitate* : intellige, juris, quatenus nemo ejusdem hæreditatis delatæ, qui alium hæredem non habet, partem habere, partem repudiare potest, sed aut totam agnoscere, aut à totâ recedere debet *l. 1. l. 55. ff. de aq. vel omit. heredit. l. 20. in f. Cod. de jure delib.* Dixi II. *interpretatione prudentum* : jus enim accrescendi partim etiam inductum est ex conjecturatâ voluntate testatorum, qui ideò plures ad eandem rem vocasse creduntur, ut, si unus decesserit, portio ejus accresceret reliquis.

Causa efficiens proxima est conjunctio, quæ quan- ¹¹

dóque à solâ lege, subindè ab homine tantùm fit, sæpiùs à lege & homine simul. Quæ à solâ lege, aut à lege & homine simul fit, jus accrescendi operatur in hæreditatibus tum testamentariis. *l. 63. ff. de hæred. instit. l. 67. ff. de acq. vel omit. hæred.* Tum legitimis §. 4. *Inst. de SCto Orphit. l. 9. ff. de suis & legit. hæred. l. 1. §. 9. ff. ad SCtum Tertull.* Tum civilibus, tum prætoriis, seu bonorum possessionibus §. 5. *Inst. l. 3. §. ult. l. 4. ff. de bon. possess. l. 2. §. 8. ff. de bonorum possessionibus secundum tab. l. 4. pr. ff. quis ordo in possessionibus servetur. l. un. Cod. quando non petentium &c.* Ratio est, quia lex, ob jus habendi hæredis indivisibile, non admittit, ut hæreditas diverso jure, hoc est, partim ex testamento, partim ab intestato deferatur. *l. 7. ff. de R. J.* Ratio rationis est, quia hæres & hæreditas, quæ personam defuncti repræsentat *princ. Inst. de stipulatione servorum. l. 31. in f. ff. de hæred. instit.* fictione juris unius personæ vice funguntur. *l. 22. ff. de usurpat. & usucap. nov. 48. in præfat.* Cum igitur fictiones legum imitari soleant naturam. *arg. §. 4. Inst. de adopt. & secundum hanc fieri non possit, quemquàm pro parte vivere, pro parte mortuum esse, hinc etiam paganus ex dispositione juris partim testatus, partim intestatus decedere nequit. Confer Mayer d. c. 5. n. 9. Ludwell d. dissert. th. 15. & q. 31. nec*

12 *non ad d. l. 7. ff. de R. J.* Conjunctio, quæ à solo homine fit, inducit jus accrescendi in legatis, & accidit tripliciter, nimirum re per se, re & verbis, ac denique verbis tantum, *l. 142. ff. de V. S.* Re per se, seu re tantum homo plures collegatarios conjungit, quando eosdem ad eandem rem, non eadem oratione vocat. v. g. Titio fundum Tusculanum do lego, Cajo eundem fundum Tusculanum do lego. Re & verbis conjungit homo plures collegatarios, quando eosdem eadem orationis serie ad eandem rem sine expressione partium vocat v. g. Titio & Cajo fundum Tusculanum do lego. Verbis denique solis plures collegatarios homo conjungit,

jungit, quandò eosdem eadem oratione ad eandem rem cum expressione æquarum partium vocat. v.g. Titio & Cajo fundum Tusculanum æquis partibus do lego. Factâ quâcunque harum conjunctionum certum est, quòd si ambo collegatarii legatum acceptent, hoc inter eos scindatur, & quilibet partem virilem accipiat. Quòd si alteruter ex conjunctis re & verbis simul deficiat, quia aut sprevit legatum, aut vivo testatore decessit, aut aliâ ratione defecit, nobis iterum certum est, totum legatum jure accrescendi ex præsumptâ voluntate legantis pertinere ad collegatarium, per §.8. *Inst. de legatis.* & l.16. §. pen. princ. ff. de legatis 1. Neque obstant primò textus in l.16. princ. l.34. §.9. l.84. §.8. ff. de legat. 1. Ex quibus juxtâ expositionem Joannis Borcholten probari posse videtur, quòd inter re & verbis conjunctos jus accrescendi cesset. Respondet idem Borcholten, memorata loca de legato damnationis exaudienda esse. In ordine ad quod ex *Prodromo nostro Justiniano lib.2. tit.20. §.4. n.5.* repetendum est, legatum dividi in quatuor genera: in legatum per vindicationem, per damnationem, per sinendi modum, & per præceptionem. Atque hæc genera differabant olim primò materiâ seu objecto, nam per vindicationem & præceptionem tantum poterat legari res testatoris propria, per sinendi modum etiam res hæredis, per damnationem etiam res aliena. Secundò formâ seu formulâ relinquendi: nam per vindicationem & præceptionem legabatur verbis directis ad legatarium, puta, hoc modo: do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vindicato, præcipito fundum meum Tusculanum. Per damnationem legabatur verbis directis ad hæredem, puta, hoc modo: hæres meus damnas esto dare, dato, facito, hæredem meum jubeo dare, facere &c. Per sinendi modum legabatur verbis directis ad utrumque, hæredem scilicet, & legatarium, puta, hoc modo: hæres meus damnas esto, sinere Sempronium

nium sumere illam rem, sibi que habere. Tertiò effectu : nam pro obtinendo legato vindicationis dabatur rei vindicatio, vel etiam actio personalis ex testamento : pro obtinendo legato damnationis, vel per sinendi modum relicto dabatur actio personalis ex testamento : pro obtinendo verò legato per præceptionem dabatur actio familiæ eriscundæ. Quartò quoad jus accrescendi : nam legato pluribus per vindicationem relicto, locum habebat jus accrescendi. Relicto per damnationem, cessabat. Verùm quia hæc postea variè immutata sunt, non solùm quoad scrupulosam illam verborum solemnitatem, quoad vim & effectum, seu actiones legati nomine competentes, prout *d. §. 4. n. 5.* insinuavimus, sed etiam quoad jus accrescendi, quod admissum fuit inter omnes, quibus eadem res quocunque genere legati, & quocunque modo relicta erat. *Vinn. ad §. 8. Inst. de legatis n. 5. Ludwell ubi supra q. 26. pag. 56.* Hinc relicta responsione *Borcholten*, respondendum I. in *l. 16. pr. ff. de legat. 1.* legatarium conjunctum in rerum naturâ non fuisse post testamentum conditum, fuisse tamen tempore conditi testamenti, adeoque textum loqui de secundo ordine, in quo jure veteri ea vertebantur, quæ in causâ caduci fieri contingebant, ac hæredi relinquebantur, jure novo autem collegatario accrescunt. *l. un. §. 4. Cod. de caducis tollendis.* Respondendum II. in *l. 34. §. 9. ff. de legat. 1.* legatum non fuisse planè inutile, sed exigente naturali æquitate valuisse in personâ servi. *l. 5. §. 2. Cod. de necessariis servis hæredibus instituendis vel substituendis.* Cujus portio proinde alteri non accrescit. Respondendum III. in casu *legis 84. §. 8. ff. de legat. 1.* Titium conjunctum legatarium partem facere, seu Mævium jure accrescendi non gaudere, quia Titius fuit etiam dominus stichi sibi legati, proindeque jure dominii adversus collegatarium sese tueri potuit. Confer *Ludwell d. dissert. q. 21. Bachov. in Trentl. d. th. 3. lit. H. in f.* Neque

Neque obstat secundò textus in *l. 57. §. un. ff. de usu-fructu, & quemadmodum quis utatur fruatur*. Ubi testator libertis conjunctim per fideicommissum alimentorum nomine usumfructum prædiorum reliquit : quo tamen non attento, si unus ex libertis re & verbis conjunctis mortuus fuerit, emolumentum ejus ad reliquos non pertinet. Ergò re & verbis conjuncti non gaudent jure accrescendi. Nam R. partem deficientem apud re & verbis conjunctos remanere, nisi ratio aliqua subsit, quæ aliud suadeat, prout in *d. l. 57. §. un.* emolumentum defuncti liberti ad reliquos idcirco non pertinet, quia testator, qui alimenta legavit, voluisse videtur, nè singuli liberti ultra modum alimentorum quidquam haberent. *Brunnemann ad d. l. 57. n. 5.*

Neque obstat tertio textus in *l. 3. §. 3. ff. de legatis præstandis &c.* Ubi testator, filio præterito, conjunctim legavit parenti & extraneo : diciturque, quòd rescisso testamento parenti sua portio conservetur, portio autem extranei parenti non accrescat. Nam hoc iterum ex speciali humanitatis ratione admittitur. Stando præcisè in voluntate defuncti, legatum jure veteri in dato casu nè quidem obvenisset parenti, cum dicto jure per rescissionem testamenti, tanquam inofficiosi, tota testatoris voluntas etiam in ordine ad legata & fideicommissa inibi relicta corruat *l. 8. §. pen. l. 13. l. 28. ff. de inoff. testam.* Quòd igitur legatum parenti conservetur, gratiæ & humanitati magis prætoris, quam voluntati testatoris referendum est in acceptis, & hoc ipso jus accrescendi denegandum.

Neque obstat quartò textus in *l. 89. §. 2. ff. de legat. 2.* Nam R. Scævola ibidem loqui de quantitate, in quâ, prout infra ampliùs dicemus, jus accrescendi regulariter locum non habet.

Quoad deficientes conjunctos re tantum etsi alii soli
lum jus non decrescendi admittant, probabilius tamen isti

quoque cum re & verbis simul conjunctis in ordine ad jus accrescendi pari passu ambulant, juxta dicta superius n. 8. & 9. Cum hoc tamen discrimine, quod re & verbis simul conjunctus legatum accipiat cum onere collegatario deficienti injuncto. *l. un. §. 11. ibi in princ. pro virili portione cum omni suo onere accrescere. Cod. de caducis tollendis.* Econtra re tantum conjunctus sine onere capiat. *d. §. 11. in f.* ut ecce! testator ita scripsit: Titio & Mævio, si hic negotia mea gesserit, fundum Cornelianum do, lego. Hic deficiente Mævio si Titius velit ejus portionem vacantem capere, debet quoque negotia testatoris gerere. Econtra fac, testatorem sic scripsisse: Titio fundum Cornelianum do, lego: eundem fundum Cornelianum do, lego Mævio, si hic negotia mea gesserit. Hoc casu, si deficiat Mævius, Titius totum legatum accipit sine onere. Cur tam variè? *Mayer d. c. s. n. 6.* assignat hanc rationem, quia priore casu Titius totum fundum capit jure accrescendi, posteriore jure non decrescendi. Rationem rationis reddit istam, quia qui ex conjunctis jure non decrescendi totum legatum consequitur, illi ab initio totum legatum debetur, & primum, cum alter concurrat, scinditur: cum igitur à collegatario nihil consequatur, sed tantum per ejus defectum fiat, nè de eo aliquid diminuatur; æquum non videtur, ut ex ejus personâ aliquod onus sentiat, dum enim solidum capit, suum legatum capit, non alienum; suo autem non fuit onus injunctum, sed alieno. At verò qui jure accrescendi totum legatum acquirit, ille ex personâ deficientis, & non propriâ partem deficientem capit, & sic rem quasi alienam acquirit; acceptando itaque hoc commodum non potest respuere onus ei injunctum, cum, qui in alterius jus succedit, eodem jure uti debeat. *l. 177. princ. ff. de R. J.*

16 Verum displicet hæc differentiæ ratio, quia supponit divisionem juris accrescendi in jus accrescendi in specie, & in

& in jus non decrescendi, quam suprà n.8. & seq. profligavimus. Nos itaque dicimus, Titium in priore casu totum fundum Cornelianum accipere cum onere Mævio deficienti injuncto, quia collegatarii ibidem ab initio partes habere videntur. *l.34. §.9. ff. de legat.1.* Cùm igitur deficiente Mævio portio ejus deferatur Titio ex personâ Mævii, debebit Titius uti jure Mævii, quod fuit, ut partem suam non nisi cum onere acquirere posset. *arg. d. l.177. pr. ff. de R. J.* Econtrà in posteriore casu collegatariis ab initio juxtâ testatoris verba solidus fundus legatus videtur, ita, ut uno deficiente, alter eum non ex alienâ, sed ex suâ personâ accipiat: cùm itaque non alienum, sed suum legatum habeat, hinc repudiante Mævio Titius totum fundum etiam sine onere annexo habebit. *l.un. §.11. in f. Cod. de caducis tollendis.* Confer *Perez in Cod. de caduc. toll. n.16. nec non Ludwell th.16. & q.34.* ubi argumenta contraria diluit.

Devenio Tandem ad quæstionem principem ac ex- 18
pendere festino, utrùm jus accrescendi locum quoque habeat, si legatarii verbis tantùm sint conjuncti, & unus eorum deficiat?

Negant *Accursius in l.pen ff. de usufructu accrescendo.* 19
Cuiacius lib.24. observat.34. & seq. Ant. Faber lib.6. conject. c.1. Besoldus in delibatis juris ex lib.30. & seq. Pandect. n.6. Harp. ad §.8. Inst. de legat. n.10. & seqq. Bocerius class.3. disp. 8. th.72. Fach.5. controuv. cap.50. & alii ab his relati.

Fundamenta eorum sunt ferè sequentia. Primum 20
desumitur ex *d. §.8. Inst. de legat.* Ubi Imperator haud meminit eorum, qui verbis tantùm conjuncti sunt: ergò inter verbis tantùm conjunctos, tanquàm revera non conjunctos, cessat jus accrescendi.

Secundum depromitur ex *l.1. princ. ff. de usufr. accres.* ubi ita Ulpianus: *quoties usufructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit usufructus*

relictus : caterùm si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus accrescendi cessat. Atqui iis, qui verbis tantùm conjuncti sunt, partis rei ususfructus separatim est relictus. *l. 89. ff. de legat. 3.* ibi : *item verbis, non etiam re* (intellige conjuncti) *Titio & Sejo fundum æquis partibus do, lego* : NB. quoniam semper partes habent legatarii &c. Ergò inter eos, qui verbis tantùm conjuncti sunt, sine dubio jus accrescendi cessat.

Tertium formatur ex *l. 3. princ. ff. de usufr. accres.* ubi Neratius & Celsus putant, ad hoc, ut in duobus locum habeat jus accrescendi, necessum esse, ut illi duo usumfructum initio in solidum habuerint. At verbis tantùm conjuncti initio non habuerunt usumfructum in solidum, sed partes duntaxat : ergò verbis tantùm conjuncti jure accrescendi non gaudent.

Quartum deducitur ex *l. pen. ff. d. t.* ubi Papinianus comparationem instituit inter singulos, quibus ab hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatus est, & inter duos, quibus ejusdem rei fructus æquis portionibus fuit legatus : aitque, hos æquè ac illos videri separatos fructuarios, & ideò jus accrescendi inter eos non esse : atqui verbis tantùm conjuncti sunt tales, quibus ejusdem rei fructus æquis portionibus fuit legatus ; ergò inter verbis tantùm conjunctos jus accrescendi non est.

Quintum suggerit textus in *l. 66. ff. de hered. instit.* ubi Pomponius ait, quòd, licèt inter Cajum & Mævium testator ita disposuerit : *Titius hæres esto : Cajus & Mævius æquis ex partibus hæredes sunt.* Jus accrescendi tamen locum inter eos sibi non vindicet, subnexâ ratione, quia instituens Cajum & Mævium non tam conjunxisse, quàm celerius dixisse videtur : atqui Cajus & Mævius in dato casu sunt verbis tantùm conjuncti ; ergò inter verbis tantùm conjunctos jus accrescendi locum sibi non vindicat.

Sextum

Sextum suppeditant textus in *l. 16. princ. § l. 34. § 9. ff. de legat. 1.* Ubi Pomponius & Ulpianus ajunt, re duobus conjunctim legatâ partes initio fieri, & quamvis unus in rerum naturâ non fuerit, non tamen, nisi partem, alteri deberi: atqui quandò partes initio fiunt, & uno in rerum naturâ non existente alteri pars duntaxat debetur, apertè locum non habet jus accrescendi; ergò re eâdem duobus conjunctim legatâ locum non habet jus accrescendi.

Fundamentum septimum stat in *l. 20. ff. de legat. 2.* Ubi, quod Proculo placebat, idem se à patre accepisse testatur Celsus, nimirum si servo communi legatum fuerit relictum, & unus ex condominis partem agnoscere omiserit, eam alteri condomino non accrescere, additâ ratione, quia non conjunctim, sed partes legatæ sunt, ac quilibet legatî partem accepisset, si ambo vindicassent: atqui etiam de duobus legatariis verbis solùm conjunctis verum est, quòd iisdem partes legatæ sint, & quilibet partem legatî accepisset, si ambo vindicassent; ergò etiam verbis tantùm conjunctis non accrescit, quod unus ex illis agnoscere omisit.

Octavum consistit in *l. 41. princ. ff. de legat. 2.* Ubi Ictus in hæc verba: *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego: si Sejus decesserit, pars ejus utrique accrescit: quia cum separatim, & partes fundi, & totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, qua cessat, pro portione legatî cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.* Atqui Mævius & Sejus sunt duo legatarii verbis tantùm conjuncti; ergò iterùm inter legatarios verbis tantùm conjunctos cessat jus accrescendi.

Nonum subministrat textus in *l. 38. § 2. ff. de legat. 3.* Ubi Scævola respondit, quòd si testator vernis suis ædificium legaverit, & liberti omnes ad unum usque decesserint, ad superstitem pars virilis pertineat. Undè negativam sustinentes sic arguunt: vernæ in *cit. leg.* fuerunt verbis con-

juncti. At vernæ ibidem non gaudent jure accrescendi ; ergò verbis juncti non gaudent jure accrescendi.

Decimum petitur ex *l. 74. in f. ff. de condit. & demonstrat.* Ubi ususfructus conjunctim legatus erat Titio & mulieri sub conditione, *si hæc non nupserit*, aitque Papinianus, quòd si Titius legatum repudiet, repudiatio mulieri non profit, hoc est, mulier non totum ususfructum, sed partem tantum sit habitura. Atqui Titius & mulier fuerunt saltem verbis juncti ; ergò inter conjunctos verbis tantum locum non habet jus accrescendi.

Undecimum sic instruitur : si testator ita dixerit : Titio dimidium fundum Cornelianum do, lego : Sejo dimidium fundum Cornelianum do, lego : locum non habet jus accrescendi. *l. 1. in f. princ. ff. de ususfructu accrescendo. l. 84. §. pen. ff. de legat. 1.* Ergò neque locum habet, si dixerit : Titio & Sejo fundum Cornelianum æquis partibus do, lego : quia inter memoratas loquendi formulas nihil interesse videtur.

Duodecimum sequenti paritati innititur : verbis tantum à testatore juncti in partibus inæqualibus non gaudent jure accrescendi, quia partes habent. *arg. l. 20. ff. de legat. 2.* ergò etiam verbis tantum à testatore juncti in partibus æqualibus non gaudent jure accrescendi, quia partes habent.

Decimum tertium & ultimum fundamentum quaeritur in ratione, sic discurrendo : cujus rei non est conjunctio, illius non est accretio : atqui inter verbis tantum conjunctio nulla est conjunctio rei, hoc ipso, quòd conjunctio sit præcisè verbalis ; ergò inter verbis tantum conjunctos etiam nulla est accretio.

21 Fundamentis tamen hucusque in medium adductis non obstantibus, verius videtur, inter legatarios verbis tantum conjunctos locum habere jus accrescendi. Cui opinioni

nioni suffragantur *Bartol. in l. 89. ff. de legat. 3. n. 23. Hunn. var. resolut. lib. 2. tr. 8. q. 7. & in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 13. th. 3. q. 6. ibique latè Bachov. lit. C. Ungepauer exercit. Justin. 8. q. 15. pag. 423. Ludwell de ult. volunt. p. 1. c. 5. pag. m. 154. & duabus seqq. nec non speciali dissertat. de jure accrescendi th. 13. 14. & q. 26. Vinn. ad §. 8. Inst. de legat. n. 17. & 18. Perez in Cod. de caducis toll. n. 13. Brunnemann ad l. 1. ff. de usufr. accres. n. 1. apud quem Menochius de presumpt. suadet, hanc sententiam in judicando servandam.*

Probatur autem primò : duorum aut plurium lega- 22
tariorum à testatore facta conjunctio est causa efficiens juris accrescendi, ut quod sine illâ nullum est, tum per dicta superius num. 11. tum per l. 1. princ. ff. de usufructu accrescendo, ibi : *quoties usufructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit usufructus relictus.* Junctâ l. 20. ff. de legat. 2. Atqui verbis tantum conjuncti appellatione conjunctorum non minùs veniunt, quàm qui re, aut re & verbis simul sunt conjuncti, l. 142. ff. de V. S. ergò etiam inter verbis tantum conjunctos jus accrescendi locum obtinebit, præsertim quia aliàs vix, ac nè vix quidem assignabilis est effectus conjunctionis verbalis.

Probatur secundò ex l. 16. §. ult. ff. de legat. 1. Ubi expressè dicitur, si Titio & posthumis aliquid etiam pro virilibus portionibus ; ibi : *viriles partes dari voluisset, veletiam id expressisset &c.* (prout fit in conjunctione verbali tantum) fit relictum, quòd Titio, non natis posthumis, totum legatum debeat : ergò jus accrescendi etiam inter illos locum habet, qui sunt conjuncti verbis tantum. Quoniam verò cit. lex. 16. mentionem facit legati per damnationem relictæ, ibi in §. 1. *qui hæres non sit, dare damnatus &c.* Proindèque nobis fortassè obtrudi posset, quòd antiquato armorum & argumentorum genere contendamus ad victoriam, hodiernis moribus, quibus novus omninò bel-

landi modus invaluit, haud sperandam; hinc producimus textum planè irrefragabilem in *l. 89. ff. de legat. 3.* Ubi sedes est præsentis controversiæ, & casus sequens continetur. Testator ita disposuit: *Mævio & Cajo fundum Tusculanum do, lego; Titio & Sempronio fundum Tusculanum do, lego æquis partibus.* En! habes hîc re & verbis simul conjunctos, Mævium nimirum & Cajum. Habes verbis tantum conjunctos, Titium nempe & Sempronium. Habes quoque re tantum conjunctos, Mævium videlicet, Cajum, Titium, & Sempronium, utpotè hos omnes ad unam eandemque rem, sed non eadem orationis serie vocatos. Fac jam, deficere Cajum, cui accrescet portio vacans? num Mævio, Titio, & Sempronio simul? minimè gentium! sed soli Mævio, ut qui solus re & verbis simul conjunctus est Cajo, proindeque meritò præferendus Titio & Sempronio, tanquam inter se verbis tantum, & respectu Mævii re duntaxat conjunctis. Fac verò, deficere Titium, cui tunc accrescet portio vacans? utique cum Sempronio accrescet Mævio & Cajo, tanquam re & verbis simul inter se, & respectu Sempronii saltem re conjunctis? Nè hoc quidem, sed soli accrescet Sempronio, per formalia finalia *d. l. 89.* ibi: *si verò verbis quidem conjunctus sit, re autem non: quæstionis est, an conjunctus potior sit? & magis est, ut & ipse præferatur.* Quâ facti specie, & juris dispositione ita expositâ

Probatnr nostra sententia tertio: inter conjunctos re & verbis simul, re tantum, & verbis tantum, si deficiat ille, qui re & verbis simul conjunctus est, cæteris omnibus jure accrescendi præfertur alter, qui re & verbis simul fuit conjunctus. Quòd si autem deficiat, qui verbis tantum conjunctus est, tunc ille, qui itidem verbis tantum conjunctus est, præfertur illis, qui re tantum sunt conjuncti *d. l. 89.* Atqui verbis tantum conjunctus non posset præferri re tantum conjuncto, nisi gauderet jure accrescendi, quia hoc gaudet

gaudet re tantum conjunctus ; ergo etiam verbis tantum conjunctus gaudet jure accrescendi.

Probatum quartò per textum in *l. 80. ff. d. t.* Ubi Celsus generaliter asserit, quòd conjunctim legare aliud non sit, quàm tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri : ergo etiam quandò conjunctim legatur, conjunctione tantum verbali, censetur totum legatum singulis datum esse, proindeque jus accrescendi locum habebit.

Ad fundamenta oppositæ sententiæ, & quidem ad 23 primum desumptum ex §. 8. *Inst. de legatis.* R. 1. In me-

morato textu exempla tantum proponi, quæ regulam non restringunt, sed saltem declarant *l. pen. §. ult. ff. de juris & facti ignorantia. l. 1. §. 14. ff. de vi & vi armata.* R. 2.

Verbis conjunctos concludi sub re & verbis simul conjunctis. R. 3. Ex *princ. d. §. 8.* sufficienter colligi, quòd in

omni omninò conjunctione locum habeat jus accrescendi, quia ibidem generaliter dicitur, inter conjunctos locum habere jus accrescendi. Confer *Ant. Perez in Cod. de caducis toll. n. 13.*

Ad secundum depromptum ex *l. 1. princ. ff. de usufructu accrescendo.* R. etsi verbis tantum conjuncti partes

habeant ex verbis testatoris ; ejusmodi tamen divisionem in partes, quæ incertæ sunt, non facere, quò minus ex præsumptâ seu tacitâ ipsius testatoris voluntate ad eandem rem vocentur, & consequenter jus accrescendi inter eos obtineat. Vel brevius : conjuncti verbis tantum habent quidem partes ex verbis, solidum autem ex mente defuncti.

Ad tertium formatum ex *l. 3. princ. ff. d. t.* R. verbis tantum conjunctos solidum habere hoc respectu, quatenus nimirum casus & eventus alterius deficientis consideratur, in quem testator procul dubio solidum ad alterutrum pertinere voluit.

Ad quartum deductum ex *l. pen. ff. d. t.* R. in specie

cic memoratæ legis diversas portiones à diversis hæredibus, duobus legatariis relictas fuisse, quo casu jus accrescendi indubiè cessat, quia testator respexit diversas portiones hæreditarias, quas velut oneravit, adeoque legatarios in eadem re conjunxisse non videtur. Adde *Brunnemann ad d. l. pen. & Ludwell d. dissert. q. 18. n. 4.*

Ad quintum suggestum à *l. 66. ff. de hered. instit.* R. esto aliàs per particulam conjunctivam & hæredes aut legatarii conjungi dicantur; in casu tamen *cit. legis* Cajum & Mævium solos pro conjunctis non haberi, sed unacum his Titium eodem jure gaudere: idque Pomponius colligit ex conjecturatâ mente testatoris, qui propterea Cajum & Mævium unâ orationis formulâ comprehendit, nè in singulis verba, *hæres esto*, repetere cogeretur. *Perez in Cod. de caduc. toll. n. 19.*

Ad sextum suppeditatum à *l. 16. princ. & l. 34. §. 9. ff. de legat. 1.* R. textus hos plus probare, quàm gratum sit adversariis, nimirum jure accrescendi nè illos quidem gaudere, qui re & verbis simul sunt conjuncti, cùm in oppositis textibus absolutè dicatur de conjunctis, quòd is, qui deficit, partem faciat reliquis. Ulteriore responfionem vide *suprà n. 14.*

Ad septimum stans in *l. 20. ff. de legat. 2.* R. rationem specialem, cur ibidem jus accrescendi locum non habeat, consistere in eo, quia duo domini communis servi solidum ab initio non habent, nec faciunt partes concursu, cùm jam antè legatum partes distinctas habeant, ut quibus non, nisi pro partibus dominicis acquiritur. *l. 45. ff. de aq. rerum dominio.* Confer *Perez in Cod. de caduc. toll. num. 28 & seq.*

Ad octavum, quod consistit in *l. 41. princ. ff. de legat. 2.* R. in d. loco proponi speciem conjunctionis realis, quâ Mævius, Sejus, & Titius conjuncti fuerunt. Undè mirum non est,

est, quòd deficiente Sejo pars ejus tam Titio, quàm Mævio accreverit. Confer *Ludwell ubi supra th. 9. & q. 15. Perez ubi supra n. 19. in f.*

Ad nonum subministratum à l. 38. §. 2. ff. de legat. 3.
R. textum hunc iterum obstare ipsis adversariis, quia in eo non exprimitur, fuerintnè vernæ verbis tantum conjuncti, an re & verbis simul.

Ad decimum ex l. 74. in f. ff. de condit. & demonstrat. petitem. R. pariter, adductum textum adducendi infestum esse, ut in quo non dicitur, quòd usufructus Titio & mulieri æquis partibus relictus fuerit, adeoque non est major ratio, cur de conjunctione verbali tantum, quàm de conjunctione reali & verbali simul accipiatur. Cæterum quare mulieri in specie memoratæ legis usufructus totus non obvenerit, hæc ratio reddi potest, quia mulier admissa fuit jure speciali, & contra voluntatem defuncti, qui sub hac conditione legatum eidem adscripserat, *si non nupserit*: quam conditionem à muliere non impletam (nupsit enim) leges tanquàm nuptiis inimicam rejiciunt, & pro non adjecta habent. Quando autem quis admittitur jure speciali, & contra voluntatem testatoris, tunc non gaudet jure accrescendi, utpotè in præsumptâ testatoris voluntate fundato. *Ludwell ubi supra q. 25. Borcholten ad §. 8. Inst. de legatis. pag. m. 159.*

Ad undecimum R. negando paritatem inter casum unum & alterum. Nam in priore nulla penitus apparet conjunctio, quâ jus accrescendi induci posset. In posteriore habetur saltem verbalis, ex quâ mens testatoris, duos in unam rem conjungere volentis, sufficienter colligitur.

Ad duodecimum nego consequentiam, cum distinctione causalis antecedenti oppositæ, quòd conjuncti in partibus inæqualibus partes habeant pro omni casu, tam defectûs, quàm concursûs: econtrâ conjuncti in partibus

æqualibus solum partes habent pro casu concursus, cum assignatio æqualium partium sufficiens signum sit, quod testator in casum defectus alteri totum relinquere voluerit. In compendio: ex assignatis partibus inæqualibus nulla vera conjunctio elici potest; potest ex assignatione partium æqualium.

Ad decimum tertium & ultimum oppositæ sententiæ fundamentum in ratione quæsitum. R. distinguendo majorem, cujus rei non est conjunctio, nec explicitè, nec implicitè, ejus non est accretio, concedo majorem, cujus rei non est conjunctio explicitè, est tamen implicitè, ejus non est accretio, nego majorem: & sic distinctâ minore, nego consequentiam. Verbis conjuncti non sunt omnino disjuncti, sed quoad externum duntaxat verborum corticem, quibus testator partes ideò expressit, quia speravit, fore, ut ultima sua voluntas sortiatur exitum, adeoque partes, quas collegatarii concursu facturi fuissent, præsignare voluit, mente cæterum ita dispositus, ut re eosdem jungeret, & deficiente uno solidum accresceret reliquis. *Ludwell q. 18. n. 1.*

- 24 Subjectum Juris accrescendi sunt ii, quibus competit. Competit autem I. Hæredibus *l. un. §. 10. Cod. de caducis toll.* tum testamentariis, tum legitimis. *l. 9. ff. de suis & legit. hæred.* II. Hæredis hæredi *arg. l. 65. ff. de V. S.* In unico autem hærede scripto, juri accrescendi locus non est, quia, quamvis ex parte institutus sit, statim tamen ab initio simul totam hæreditatem haber, ita, ut impossibile sit, ei quidquam accrescere vel deficere. Videantur textus in *§. 5. Inst. l. 1. §. 4. ff. de hæred. instit.* III. Competit bonorum possessoribus *l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. ff. de bon. possessionibus. Perez. in Cod. de caduc. toll. n. 10. in f.* IV. Legatariis *§. 8. Inst. de legatis.* V. Fideicommissariis particularibus *d. l. un. §. 14. Cod. de caducis tollendis.* VI. Donatariis mortis causâ

causâ *d. l. un. §. 14. & arg. l. ult. Cod. de mortis causâ donat. §. 2. Inst. de donat. Ludwell th. 5. lit. B. & q. 8. Berlich. p. 3. conclus. 3. num. 2. Lauterbach vol. 1. diss. Tub. 18. th. 25. in. f. Cæterum*

Quæritur I. An portio deficiens hæredibus etiam 25
invitis & nolentibus accrescat ? R. affirmative, sive
deindè hæredes conjunctim, sive disjunctim instituti sint.
*d. l. un. §. 10. Perez in Cod. de caducis toll. n. 14. ratio fuit red-
dita superius n. 11. Excipiuntur tamen quidam casus, ubi
cohæredibus non nisi volentibus pars deficiens accrescit.
Primus est, si quis ex hæredibus voluntati testatoris non pa-
ruerit, cujus portio ad substitutum quidem ipsius, aut co-
hæredem pertinet, sed ita, ut eam volens habeat, non invi-
tus, quia non tam jure accrescendi, quàm beneficio con-
stitutionis Justinianæ in Nov. 1. c. 1. §. 1. 2. & 3. eandem ac-
cipit. Secundus est, si minor 25. annis hæreditatem adi-
verit, eamque postea per in integrum restitutionem à præ-
tore impetratam repudiaverit, cujus portio ex constitutio-
ne Divi Severi in l. 61. ff. de aq. velomit. hæred. cohæredi non
nisi volenti accrescit. Tertius est, si filius hæreditate pa-
ternâ abstineat, quod beneficio prætoris ei facere permis-
sum est; tunc enim pars ejus accrescit cohæredibus, qui
partes suas agnoverunt, vel se immiscendo, si sui, vel ade-
undo, si extranei fuerint. Sed quia iniquum erat, cohæ-
redes occasione beneficii prætorii incidere in fraudem, casu
quo hæreditas inveniatur damnosa, hinc electio eis data est,
quâ vel totam hæreditatem planè repudient, vel etiam par-
tem cohæredis sui, qui abstinuit, agnoscant l. 55. ff. d. t.
Quartus est, si pupillus patri suo hæres extiterit, ac post
restitutam partem fideicommissariam hæreditate abstinue-
rit. Ubi fideicommissario optio defertur, ut aut portio-
nem quoque pupilli agnoscat, aut à totâ hæreditate disce-
dat. l. 79. ff. ad SCtum Trebell. Neque his obstat textus in*

l. 38. ff. de aq. vel omit. heredit. ubi Ulpianus ait, quod si duo sint hæredes necessarii, quorum unus se abstinuit, alter autem hæreditati se immiscuit, hic recusare non possit, quò minus integra onera hæreditaria subeat. Nam in *d. l. 55. ff. d. t. § l. 79. ff. ad SCum Trebell.* cohæredes agnoverunt hæreditatem, antequàm filius abstinuisset, quod futurum divinare illi non poterant. At verò in objectâ *l. 38.* prius abstinuerat filius, deindè alter filius cohæres ipsius hæreditatem paternam agnovit, ut patet ex illis verbis: *alter, posteaquàm prior abstinuit, immiscuit se &c.* Ideoque meritò ipsi non succurritur, quia scivit, vel certè, peritiores consulendo, scire debuit, quod, si suam partem agnoscat, fratris etiam sui, quæ jam defecerat, sibi sit obventura.

26 Quæritur II. Utrùm pars vacans hæredibus accrescat cum onere æris alieni, item legatorum & fideicommissorum, quæ à deficiente relicta erant? *R.* affirm. per textum in *l. un. §. 10. Cod. de caducis toll.* ibi: *cum suo gravamine: item: cum suo onere.* Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. *d. l. un. §. 4. inf.* Adde *l. 10. ff. de R. J.*

27 Objic. I. Textum in *l. ult. princ. §. 1. ff. de legat. 3.* *R.* textum loqui de substituto, non tam ex personâ hæredis, quàm potius voluntate defuncti succedente, qui cum nullum onus acceperit, nullum quoque sustinere debet. Econtrà nos quærimus de conjunctis, ubi uno deficiente alter ex ejus personâ partem capit, adeoque jure illius etiam quoad onera uti debet. Eâdem responsione satisfieri potest *legi 73. ff. de hæred. instit.* Ad quam aliter responderet *Brunnemann in l. 74. ff. de legat. 1. num. 2.* Confer *Fach. 5. contr. cap. 39.*

Objic. II. Textum in *l. 29. §. 1. §. 2. ff. de legat. 2.* ubi *JCtus Celsus* ait, quod nominatim alicujus hæredis fidei committitur, ita demùm dari voluisse videri, si hæres gravatus

vatus extitisset hæres : ergò si partem suam repudiasset, hæc-
que accrevisset conjuncto, accrevisset sine onere, seu, fidei-
commissum dari voluisse non videretur. Antequàm

respondeam, sciendum, Jctum Celsum vixisse eodem tem-
pore, quo Julianus, nimirum tempore Hadriani Impera-
toris, prout constat ex *l. 2. in f. ff. de O. J.* Deindè notan-
dum est ex *l. 61. §. 1. ff. de legat. 2.* quòd tempore Hadriani,
si unus ex legitimis hæredibus fideicommisso gravatus por-
tionem suam repudiasset, portio deficiens ad cohæredem
pervenerit sine onere, seu cohæres non erat cogendus ad
præstandum fideicommissum; post rescriptum autem Se-
veri & Antonini cohæres portionem accrescentem cum suo
onere consequitur. Quod Ulpianus etiam insinuat in *l. 74.
ff. de legat. 1.* his notatis. R. textum in oppositâ *l. 29. §. 1.
& 2. ff. d. t.* respicere tempus Hadriani, quo Celsus vixit.
Posteà autem non erat ampliùs sic.

Quæritur III. An pars deficiens etiam legatariis in- 28
vitis accrescat? R. conjunctionem realem tantum, se-
parandam esse à mixtâ. Legatariis priore modo conjun-
ctis pars deficiens accrescit etiam invitis : conjunctis poste-
riore non nisi volentibus. Membrum prius patet ex *l. un.
§. 11. vers. sin verò non omnes &c. Cod. de caducis tollendis.*
Ubi Justinianus constituit, ut, si non omnes legatarii, qui-
bus separatim (intellige quoad verba) res relicta fuit, in
ejus acquisitionem concurrant, sed unus fortè eam accipiat,
hæc solida ejus sit; subjunctâ ratione, quia sermo testato-
ris omnibus primâ facie solidum assignare videtur. Mem-
brum posterius constat ex eodem *§. 11. in pr.* Ubi sancitur,
quòd, si duobus vel pluribus legatariis aliquid conjunctim
(puta conjunctione mixtâ) relinquatur, & pars quædam
ex his deficiat, ea omnibus, si habere NB. maluerint, pro
virili portione accrescat, vel, si omnes NB. noluerint, apud
eos remaneat, à quibus relicta est. Vid. *Bach, in Treutl. d.*

disp. 13. th. 3. lit. G. in verb. an etiam invito. Perez in Cod. de caduc. toll. n. 15.

29 **Objic. I.** Contrà prius membrum distinctionis. Legatarii re tantum conjuncti sunt melioris conditionis, quàm mixtim conjuncti, cum isti juxtà dicta superiùs n. 15. & 17. partem deficientem cum onere annexo, illi verò liberè consequantur : ergò si pars deficiens legatariis mixtim conjunctis non nisi volentibus accrescit, eodem modo etiam accrescet re tantum conjunctis. *R.* ad antec. Re tantum conjunctos esse melioris conditionis secundum quid, non simpliciter : imò hæc ipsa melioritas conditionis flagitabat, ut in passibus aliis legatarii re tantum conjuncti essent deterioris conditionis, sicque onera & favores cum proportionem quâdam distribuerentur.

Objic. II. Contrà posterius membrum : nihil est, quod magis debeat hominibus, quàm ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium. *l. 1. Cod. de SS. Ecclesiis &c.* Atqui testatoris ultima voluntas, saltem tacita est, ut alter ex mixtim conjunctis solidum habeat ; ergò pars deficiens alteri ex mixtim conjunctis etiam invito accrescit. *R.* disting. min. Est tacita voluntas testatoris, ut alter ex mixtim conjunctis solidum habeat, si velit, concedo, si nolit, nego. *d. l. un. §. II. in princ. Cod. de caduc. toll.*

Objic. III. Legatarius non potest legatum pro parte acquirere, & pro parte repudiare. *l. 38. princ. ff. de legat. 1. l. 4. ff. de legat. 2.* Imò, si rem legatam ex parte voluerit suam esse, totam acquireret. *l. 58. ff. de legat. 2.* ergò pars deficiens etiam legatariis re & verbis simul conjunctis accrescet invito. *R.* dist. antec. Legatarius non potest legatum, ab initio solidum sibi relictum, pro parte acquirere, & pro parte repudiare, concedo, ab initio quoad partem tantum relictum,

relictum, nego. Suprà n. 17. probatum dedimus, quòd legatarii re & verbis conjuncti ab initio partes habere videantur : ergò potest illis pars deficiens accrescere volentibus.

Quæritur IV. An emptori hæreditatis jus accrescendi competat ? Ajunt Harp. Haunold, Hunnius, Duarenus de jure accrescendi lib. 2. cap. 6. & alii, propter textus in l. 2. princ. §. 4. 9. & 18. ff. de hæredit. vel act. vend. l. 33. §. un in f. ff. de usufructu & quemadmodum & c. l. 7. princ. ff. de peric. & commodo rei vend. l. 43. ff. ad SCtum Trebell. l. 83. ff. de aq. vel omit. hæredit. Negant Fachin. Bachov. Vinn. & alii, moti per textus in l. 9. ff. de suis & legitimis hæredibus. l. 31. l. 53. §. un. ff. de aq. vel omit. hæredit. l. un. §. 10. Cod. de caducis toll. quibus persuasi nos quoque lib. 3. Instit. tit. de empt. vendit. §. 7. n. 23. negativæ sententiæ subscripsimus.

Fortassè inter has pugnantes mentes medio sequentis distinctionis concordia obtineri posset, si nimirum inspiciatur tenor, & benè perpendatur contextus instrumenti super venditione hæreditatis confecti, utrùm hæreditati venditæ justum omninò ac proportionatum pretium constitutum fuerit, an verò tale, quod valorem mercis notabiliter & in tantum excedit, ut partes meritò censeantur cogitasse de futuro incerto accretionis commodo. Priore casu jus accrescendi videtur denegandum emptori, quia pretium justum plurimum excederetur, si venditor cogeretur, pro eodem etiam præstare partem cohæredis defectam, per jura & auctoritates pro opinione negante allatas. Posteriore casu jus accrescendi adjudicandum emptori, vi intrinsecæ & extrinsecæ auctoritatis pro ajente sententiâ adductæ : nam ex pretio illo excessivo satis constat de intentione contrahentium, juxta quam actus agentium operantur. l. 19. ff. de R. C.

Objectum juris accrescendi est portio vacans, l. un. Cod. quando non petentium & c. vel etiam amissa, l. 1. §. 3. l. 10. ff. de usufructu accresc. dummodò utraq̃ue sit species ; in

quantitate jus accrescendi regulariter locum non habet. *l. 7. l. ult. §. 2. ff. de legat. 2.* Ratio est, quia enumeratione personarum quantitas & summa videtur esse divisa. *l. 56. ff. de condit. & demonstrat. l. 29. ff. de solut.* Fac itaque, testatorem sic legasse : Sejo decem lego, Titio decem lego. Hic duo distincta sunt legata, & singulis dena debentur, neque plura Titio, esto Sejus deficiat. Idem pronunciandum, si testator dixerit : Sejo decem lego, Titio eadem decem lego. Idem, si ita : Sejo & Titio decem lego. Dixi, *regulariter* : nam si diversa testatoris voluntas appareat, propter quam legatarii interdum etiam in quantitate conjuncti esse possunt, aut ad eandem rem vocati intelliguntur, tunc etiam in quantitate jus accrescendi obtinet. Ut ecce ! testator decem legavit filiabus, ut etiam de posthumâ sentiret. Non natâ posthumâ integra decem debentur superstiti. *l. 15. §. un. ff. de legat. 1. l. 7. princ. ff. de rebus dubiis.* Cum enim quantitas pluribus sine personarum enumeratione relicta fuerit, satis apparet, quod testator legatarios in quantitate conjungere voluerit. Similiter si testator dixerit : Sejo decem, quæ in arcâ habeo, do lego, Titio eadem decem do lego : censetur testator utrumque legatarium voluisse conjungere, cum pecunia ob factam designationem instar corporis & speciei habeatur. *l. 3. §. 4. l. 51. ff. de legat. 1. Suendendörffer ad Eckolt. ff. de usufructu accrescendo. §. 9. in verb. est portio. Bachov. in Treutl. d. th. 3. lit. B.*

33

Forma juris accrescendi duplex est, interna & externa. Interna consistit in requisitis, quorum sex. Imprimis requiritur conjunctio, de quâ dictum est supra *n. 11. & seqq.* Secundò, ut pars, quæ accrescere debet, deficiat. Quod olim tripliciter fiebat, & appellabantur alia pro non scriptis, alia in causâ caduci, alia caduca. Pro non scriptis habebantur, quæ relinquebantur ei, qui tempore conditi testamenti in rerum naturâ non erat. In causâ caduci dicebantur, quæ relin-

relinquebantur ei, qui post conditum testamentum, sed vivo testatore decedebat: aut quæ deficiebant, quia conditio testamento adjecta defecit. Caduca vocabantur, quæ post mortem demum testatoris deficiebant. *Mynsing. ad §. 8. Inst. de legatis n. 13. & seqq.* Impræsentiarum deficere hæredem aut legatarium, vel portionem hæredis & legati (nam utrûmque eodem sensu dicunt Juri nostri) dicimus, quando pars aliqua ab hærede vel legatario nolente vel volente omittitur: sive ea pro non scriptâ sit, sive in causâ caduci, sive caduca, sive repudiata ab hærede vel collegatario, aut alio quovis modo omissa; nam quoad jus accrescendi nihil interest, quo modo pars defecerit. *l. un. §. 10. ibi: hoc quod fuerit quoquo modo evacuatum. Cod. de caduc. toll.* Ubi nihil exceptum reperitur, præter ea, quæ ut indignis auferuntur. *d. l. un. §. 12. quæ plerûmque ad fiscum pertinent. ff. & Cod. de his, quibus ut indignis &c.* Illud autem

Quæritur V. An jus accrescendi etiam tunc locum 34 habeat, cum portio non ipso jure, sed ope saltem exceptionis deficit? Dixeris, quod non. Primò propter textum in *l. 13. princ. & l. 30. §. pen. ff. de jurejurando.* Ubi Ulpianus & Paulus dicunt, quod, si duorum patronorum libertus, patrono uno deferente juramentum, jurasset, se libertum non esse, juramentum in tantum quidem ratum habendum sit, ut patrono deferenti neque operarum petitio, neque bonorum possessio contra tabulas dari debeat, alteri autem patrono, qui juramentum non detulit, non nisi respectu suæ partis seu dimidiæ, & non quoad totam portionem ambobus patronis antea debitam bonorum possessio competat: ergò patrono uno juramentum deferente, & à liberto præstito, pars patroni propterea deficiens non accrescit alteri patrono, ex ratione, quia pars non deficit ipso jure, sed ope solummodò exceptionis, quam juramentum delatum & præstitum inducit: ergò jus accrescendi locum non ha-

bet, cum portio non nisi ope exceptionis deficit. Secundo propter textum in *l. 67. §. 3. ff. de legat. 2.* Ubi Papinianus ait, quod fundus, qui in familiâ manere debuit, si à testatore fuit legatus extraneo, vindicari possit ab eo ex familiâ, qui non est hæres testatoris legantis; hæres autem, qui alias potuisset vindicare, exceptione doli repellatur, & ideò cæteris fideicommissum petentibus partem facere intelligatur. Undè sic argues: ubi deficiens partem facit, ibi locus non est juri accrescendi; in *d. l. 67. §. 3.* scriptus hæres tanquàm deficiens partem facit ratione doli exceptionis, ergò deficiens ope exceptionis locum non facit juri accrescendi. Tertiò propter textum in *l. 4. Cod. de his, quibus ut indignis &c.* ubi Imperator Alexander rescribit, quod, etsi hæreditas, in testamento data, per codicillos directò adimi nequeat. *§. pen. Inst. de Codicillis.* quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex hæredibus suis declaravit, cujus proindè portio ope exceptionis defecit, portio hæc ad alium hæredem jure non transferatur: ergò nec jure accrescendi. Ergò portio hæredis ope exceptionis deficiens jure accrescendi alteri non obvenit.

35 Verius tamen videtur contrarium, ob regulam juris 112. *ff.* quæ generaliter habet, quod nihil intersit, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem actio infirmetur: ergò etiam quoad jus accrescendi nihil interest, ipso jure portio deficiat, an mediante exceptione.

36 Ad opposita, & quidem ad primum R. cum *Fach. 4. controuv. cap. 96.* negando causalem consequentis. Nam ratio, cur portio patroni, juramentum deferentis, non accreverit alteri patrono, stat in eo, quia, sicuti pacta & conventiones inter alios habitæ aliis non prosunt. *l. 27. pr. ff. de pactis.* Ita etiam jusjurandum ab uno præstitum alteri neque prodest, neque obest *l. 3. §. 3. ad f. ff. de jurejurando.*

Ad secundam R. negando, quod scriptus hæres in *l. 67.*

§. 3.

§.3. ff. de legat. 2. defecerit, quamvis ad partem fundi extraneo legatari non fuerit admissus; quod factum ob voluntatem defuncti, quam tanquam hæres universalis semel agnovit, cui proinde postea contra factum defuncti venire, fas non erat. Confer *Gothofred. in not. ad d. §.3. lit. D. & E.*

Ad tertium patet responsio ex dictis supra n.33. inf. nimirum jus accrescendi ex eo capite denegari aliis cohæredibus, quia hæres malè meritis ex censu erat indignorum, quibus si quæ auferantur, illa sicut olim, ita & hodie ad fiscum pertinent, vel personas alias. *l. un. §. 12. Cod. de caducis tollendis.*

Quæritur VI. Utrum etiam pars jam semel acquisita nihilominus jus accrescendi adhuc admittat? & in quibus casibus? R. adhuc admittere, & quidem primò in usufructu legato, juxta dicta superius num. 2. inf. & num. 6. Secundò in iis personis, quibus speciali beneficio concessum est, hæreditatem semel aditam repudiare, quales sunt sui hæredes, & minores 25. annis, quorum illis beneficium abstinendi, his restitutionis in integrum à Præ-tore indultum fuit. *l. 57. princ. & §. 1. ff. de aq. vel omit. hæredit. l. 7. §. 5. ff. de minoribus & c.* Tertiò in casu, quo hæres agnitâ successionem post admonitionem judicis intra annum non præstitit legata, fideicommissa, libertates. Pars enim huic adempta accrescit cohæredibus. *auth. hoc amplius. Cod. de fideicommiss. nov. 1. cap. 1.* Quartò in donatione, à mulieri binubâ, factâ filiis ex priore matrimonio susceptis, quorum unus si decedat, bona donata in fratres transfert, exclusâ matre *l. 4. Cod. ad SCtum Tertull.* Quintò in assignatione libertorum: nam si pater patronus duobus liberis eundem libertum assignaverit, & unus ex liberis partem assignati patronatûs repudiaverit, vel in civitate esse desierit, portio vacans non redit ad totam familiam, sed coassignato patrono accrescit. *l. 5. princ. ff. de assignandis libertis.*

bertis. Confer Schambog. Inst. lib.3. tit.9. Sextò in donatione imperiali pluribus simul factâ, ex quibus si unus, hærede post se non relicto, decesserit, vult Imperator Constantinus in *l. un. Cod. si liberalitatis Imperialis socius sine hærede decesserit.* ut ad consortem potius solatium, quàm ad personam aliam pars decedentis perveniat : & quidem juxta mentem *Carpzovii J. F. p.3. const.2. def.16. n.7.* jure accrescendi : quamvis aliter sentiant *Ant. Perez in Cod. d. t. n.11.* & *Suendendörffer ad Eckolt ff. de usufr. accres. §.8.* existimantes, socium liberalitatis ad deficientem portionem vocari jure successionis extraordinario, & in solatium amissi consortis, nec non in memoriam illius societatis, quæ in ipsâ donatione fuit contracta. *Brunnemann ad d. l. un. n.8.*

& *Ludwell tract. de success. feudi. cap.1. §.4. pag. m. 145.* consecutionem solidi attribuunt liberalitati Imperatoriæ, & largissimæ ejusdem interpretationi. Septimò denique in querelâ inofficiosi testamenti : quandò enim pater duobus vel pluribus filiis exhæredatis legitimam nulli reliquit, tunc in querelâ concurrunt omnes, adeoque si unus accusare testamentum tanquàm inofficiosum nolit, aut tempore exclusus non possit, pars ejus accrescit alteri, qui egit, & obtinuit *l. 16. princ. l. 17. princ. l. 23. §. f. ff. de inoff. testamento. Lauterbach ibid. th.24. Vinn. lib.1. select. quæst. cap.21. pag. 124. & seq. Clariss. D. Gletle p.2. select. q.10. n.13.* qui tamen casus, si strictè loqui velimus, teste *Ludwell de jure accrescendi q.23. inf.* ad rem esse non videtur, quia pars filio, qui querelæ renunciavit, aut quinquennio exclusus queri non potuit, propriè necdùm acquisita fuit, cùm petitione non acquiratur hæreditas, quæ nondùm delata est *arg. l.151. ff. de V. S.*

38

Tertiò requiritur ad jus accrescendi, ut objectum ejus sit pars totius dividui, *l. 3. princ. ff. de usufructu accrescendo. l.19. ff. de usu & habitatione. & ibi Brunnemann.*

39

Quartò, ut initio certæ partes non sint assignatæ *l. 1. in f.*

in f. pr. ff. de usufructu accrescendo. l. 84. §. pen. ff. de legat. 1.

l. 20. ff. de legat. 2.

Quintò, ut conjunctio à pagano 40
facta sit in specie quâdam ultimæ voluntatis.

Dixi I.

à Pagano. Conjunctio facta à milite jus accrescendi non

operatur, quia miles pro parte testatus, & pro parte intesta-

tus decedere potest, nisi de ejusdem contrariâ voluntate

aliundè constet. *l. 37. ff. l. 2. Cod. de testam. milit.* Dixi II. 41

in specie quâdam ultimæ voluntatis. In contractibus, aliis-

que actibus inter vivos jus accrescendi regulariter locum

non habet, tum quia in *l. un. Cod. de caducis toll.* ubi Justi-

nianus ex professo de jure accrescendi tractat, de contracti-

bus altissimum est silentium. Tum quia alia est ratio con-

tractuum, alia ultimarum voluntatum. Has jura pleniorè

interpretatione dignantur *l. 12. ff. de R. J.* ibi contrahenti-

bus imputatur, quòd, cùm in casum alterius deficientis aut

non acquirentis de toto, quod ex contractu debetur, sibi-

met cavere potuissent, id non fecerint *arg. l. 110. princ. ff. de*

V. O. Tum denique, quia jus accrescendi tantùm obtinet

in eo, quod ab alio fuit repudiatum, vel interveniente mor-

te, aut ex causâ aliâ defecit. *§ 8. Inst. de legatis.* In contracti-

bus autem non licet repudiare aut deficere, sed qui ab initio

sunt voluntatis, ex postfacto fiunt necessitatis. *l. 5. Cod. de O.*

& A. Perez in Cod. de caduc. toll. n. 9.

Objic. I. Ubi militat eadem ratio, ibi obtinet idem 42

jus. Atqui eadem ratio, quæ in ordine ad jus accrescendi

militat in ultimis voluntatibus, quòd videlicet nemo ean-

dem rem pro parte probare, & pro parte improbare possit,

etiam militat in contractibus *arg. l. 16. & ibi Brunnenmann*

n. ult. ff. de administrat. & peric. tut. ergò jus accrescendi

etiam obtinet in contractibus. R. ad minorem, quòd

in ultimis voluntatibus nemo eandem rem pro parte pro-

bare, & pro parte improbare possit, hoc provenit ex con-

junctione factâ à lege aut ab homine, relinquentibus alteri

conjunctorum liberam voluntatem, relictum & semel acceptatum iterum repudiandi. Econtra in contractibus nemo eandem rem pro parte probare, & pro parte improbare potest vi conventionis & formæ ipsius, quæ arbitrio contrahentium non relinquit, id, quod in contractum deductum fuit, repudiare, aut ab eodem resilire. *l. 12. §. pen. l. 106. l. ult. ff. de solut.* Cum contractus ab initio quidem sint voluntatis, ex post facto autem fiant necessitatis *d. l. 5. Cod. de O. & A.*

Objic. II. Jus accrescendi juxta probabilem sententiam, quam nos quoque *suprà n. 31.* certo casu amplexi sumus, transit in emptorem hæreditatis: ergo jus accrescendi locum habet in contractibus. *R.* ad antecedens, emptorem hæreditatis gaudere jure accrescendi non ex suâ personâ, sed quatenus personam hæredis repræsentat.

Objic. III. In usufructu locum habet jus accrescendi. *tt. ff. de usufr. accresc.* Atqui usufructus constituitur pactitionibus & stipulationibus *§. 1. Inst. l. 3. in f. pr. l. 37. ff. de usufructu. l. 38. §. 10. & seqq. ff. de V. O.* ergo etiam in contractibus, aliisque actibus inter vivos locum habet jus accrescendi. *R.* distinguendo majorem, in usufructu conventionali locum habet jus accrescendi, nego. in testamentario, concedo. usufructus non tantum constituitur pactitionibus & stipulationibus, sed etiam ultimâ voluntate. *d. §. 1. Inst. d. l. 3. princ. l. 6. pr. l. 7. pr. ff. l. 1. l. 2. Cod. de usufructu.* & de hoc dicitur in *tit. de usufr. accrescendo*, quod jus accrescendi recipiat.

Objic. IV. Si fundum meum vendam, ac ibidem mihi & extraneo servitutem stipuler, tota servitus mihi acquiritur. *l. 5. ff. communia pradiorum.* ergo in contractibus locum sibi vendicat jus accrescendi. *R.* disting. antec. Tota servitus mihi acquiritur jure accrescendi, nego, ob inutilem adjectionem extranei, concedo. Servitutem recipere

pere, nisi rei suæ nemo potest *d. l. 5.* estque servitutis prædialis conditio, quòd sit individua, consequenter per partes acquiri nequeat. *l. 17. ff. de servit.* undè in constitutione ejus tertius inutiliter adjicitur. *Franzk. ff. d. t. num. 19. Brunne-
mann ad d. l. 5.*

Objic. V. Textum in *l. 64. ff. de contrah. empt.* ubi Jctus Javolenus ait, quòd, si mihi & Titio fundum emerim, totius fundi emptio ad me pertineat; ergò iterùm apparet, quòd jus accrescendi in contractibus obtineat. R. rursùs ad antecedens, sicuti priùs, nimirùm totius fundi emptio ad me pertinet jure accrescendi, nego, ob inutilem adjectionem extranei, concedo antec. & nego consequentiam. Quòd totius fundi emptio ad me pertinere non possit jure accrescendi, patet ex eo, quia in jure accrescendi semper consideratur, velit vel possit, nolit vel nequeat alter approbare & rati habere negotium, in quo jus accrescendi competit, ita, ut, si velit, & partem suam agnoscere, jus accrescendi cesset; si nequeat aut nolit, jus accrescendi locum habeat. At verò si mihi & Titio fundum emerim, nihil interest, contractum hunc Titius rati habeat, nec nè, sed teneor ego contractui in solidum stare, quia per liberam personam obligatio nemini acquiritur, exceptà possessione. *l. 20. in f. l. 53. ff. de aq. rerum domin. l. 1. Cod. per quas personas nobis acquiritur.* Pertinet igitur totius fundi emptio ad me, ob inutilem adjectionem extranei, quæ talis à legibus facta est ex æquo & bono, ad vitanda damna, quæ alioquin incurreret venditor, facilè non nisi totum fundum venditurus: aut nè vel emptor vel venditor invitus in communionem incidat, quod jura ob discordias, quibus communio solet esse obnoxia, averfantur. *l. 26. §. 4. ff. de condict. indebiti l. ult. Cod. communi dividundo.* Confer *Berlich. p. 3. conclus. 3. n. 4. Carpzov. d. def. 16. n. 4. Suendendorffer ad Eckolt ubi supra. Ludwell q. 11.*

43 Quæritur VII. An in unione prolium jus accrescendi locum habeat ? R. cum communi affirmativè, quatenus per eam inducitur hæreditaria successio, quâ positâ simul in suis casibus jus accrescendi ponitur ; quemadmodum in adoptione, cui unio prolium valdè affinis est, liberi legales succedunt, & jure accrescendi gaudent, non tam exactu adoptionis, quàm quia per hunc filii sunt effecti. *Ludwell th. 6. in f. § q. 13.*

44 Quæritur VIII. Utrùm legitima filiis debita jus accrescendi admittat ? R. minuendam admittere, augendam non etiam : sive (ut me magis explicem) filius justè exhæredatus (nam de injustè exhæredato dictum est supra n. 37. in f.) non facit partem reliquis, seu, quod in idem recidit, in filiorum numero, quaternarium non excedente, censendus non est ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem ; Sicuti nec censendus est in numero filiorum quoad augendam, si numerus quaternarium excedat. Ita *Fach. 4. controuv. cap. 31. Haunold de J. & J. tr. 6. cap. 8. controuv. 3. n. 493. & seqq. Berlich. p. 3. concl. 12. num. 9. Carpz. J. f. p. 3. const. 10. def. 12. & seq. Manz. de testam. valido & invalido. tit. 12. q. 4. Franc. Duarenus de jure accrescendi lib. 1. cap. 14. in f. Gothofredus ad l. 21. ff. de jure patronatus lit. A.* Probatur sententia quoad primum membrum I. Ex d. l. 21. §. 2. ff. de jure patronatus, ubi Ictus Hermogenianus ait, quòd in legitimâ patrono debitâ jus accrescendi locum habeat : ergò multò magis locum habebit in legitimâ debitâ filiis. Prob. II. Ex nov. 22. cap. 21. in princ. & cap. 47. in princ. Ubi expressè dicitur, quòd pars ingrati & exhæredati non ingratius accrescat, & lucro eorum cedat, qui digni sunt, & benè merentes. Ita enim sonant verba in cit. locis : *Si quis enim ex eis ingratus videtur, premium hoc aliis damus nihil tale agentibus, ut & alios corripiamus parentes honorare, & ad fratrum exemplum respicere.*

cere. Hæc in *d. c. 21. pr.* Deindè in *cit. c. 47. pr.* *eius enim* (puta ingrati) *portio tam ad reliquos fratres, quàm ad matrem veniat.*

Prob. III. Si unus filiorum ex numero, quaternarium non excedente, fuisset mortuus, superstites accepissent totum trientem. *nov. 18. cap. 1.* ergò etiam accipiant totum trientem, si unus filiorum ex numero, quaternarium non excedente, justè sit exhæredatus, quia justè exhæredatus habetur pro mortuo. *l. 1. § 5. ff. de conjung. cum emancipato liberis ejus.* saltem quoad successionem, cujus (ut *Manz. ubi supra n. 12.* benè advertit) pars est legitima.

Prob. IV. Non videtur verosimile, quòd quis propriam sobolem extraneis velit posthabere, seu, ut cum Justiniano loquar in *l. 30. in f. Cod. de fideicommissis*, non videtur testator alienas successiones propriis antepondere: effèt. que futura magna iniquitas, si portio filii exhæredati potius obveniret extraneo instituto, quàm fratribus: ergò in ordine ad minuendam legitimam jus accrescendi locum habet.

Probatur nunc sententia etiam quoad alterum membrum I. Quandò ex quinque filiis unus justè exhæredatur, tunc exhæredatus nec partem facit reliquis, nec ad partem admittitur, sed habetur pro mortuo. *d. l. 1. § 5. ff. de conjungendis cum emancipato liberis ejus.* adeoque numerus quinariorum reducitur ad quaternarium: atqui numero quaternario non debetur nisi triens. *d. nov. 18. c. 1.* ergò justè exhæredatus non est censendus in numero filiorum quoad augendam legitimam, si numerus quaternarium excedat.

Prob. II. Ideò numero liberorum quinario, & ultra, aucta fuit legitima, quia triens videbatur insufficiens, portione minimà singulis obventurà. *d. nov. 18.* Atqui, uno eorum justè exhæredato, cessat hæc ratio, quia exhæredatus habetur pro mortuo: ergò etiam cessat juris dispositio.

Ex his colligitur primò, quòd, si pater reliquerit tres 45 filios, & justam ob causam unum ex eis exhæredaverit, alio-

rum duorum legitima integer triens futurus sit, æqualiter inter ipsos dividendus, ita, ut quisque non tertiam tantum partem trientis, sicuti tunc, cum tres filii concurrunt, sed dimidiam sit habiturus.

Colligitur secundò, quòd, si in dicto casu pater, uno ex tribus filiis justè exhæredato, reliquos duos in re particulari, vel in legitimâ tantum instituisset, & eis cohæredem universalem dedisset, isti duo integrum trientem consequantur.

Colligitur tertio, quòd, si pater habeat quinque filios, & unum vel plures exhæredaverit, legitima filiorum, non exclusorum, non sit semis, sed tantum triens. Sed

46 Objic. contrà prius membrum responsionis nostræ I. Si testator expressit, quid fieri de legitimâ deficiente debeat, tunc non potest legitima aliis accrescere: atqui in dato casu expressit, quòd legitima deficiens obvenire debeat hæredi scripto, secus enim eundem non scripsisset; ergò &c. R. ad minorem, testatorem per hoc, quòd loco exhæredati filii extraneum hæredem scripserit, sat clarè non expressisse, quòd legitima deficiens obvenire debeat hæredi scripto, cum in *d. nov. 22. c. 21. § 47.* (quam testator evitare non potest, quò minus in ejus testamento locum habeat. *arg. l. 55. ff. de legat. 1.*) dicatur, quòd culpa filii exhæredati cedat lucro filiorum gratorum, & quòd portio exhæredati aliis accrescat. Estque longè credibilis, testatorem maluisse, portionem ingrati liberis gratis, quàm extraneis obtingere.

Objic. II. Hæredibus particularibus non competit jus accrescendi. *l. 20. ff. de legat. 2.* filii in re certâ institui sunt hæredes saltem particulares; ergò &c. R. distinguendo majorem: hæredibus tam potentialiter, quàm actualiter particularibus non competit jus accrescendi, concedo, hæredibus actualiter tantum particularibus, potentialiter autem universalibus, non competit jus accrescendi, nego. Duo.

Duobus dominis communis servi, de quibus in *d. l. 20.* agitur, non potest acquiri, nisi pro partibus dominicis. *l. 45 ff. de aq. rerum dominio.* filii autem ratione legitimæ sibi debitæ sunt potentialiter successores universales.

Objic. III. Contrà posterius membrum responsionis : in querelâ inofficiosi testamenti locum habet jus accrescendi. *l. 16. pr. l. 17. pr. l. 23. §. f. ff. de inoff. testamento.* ergò etiam locum habet in ordine ad augmentum legitimæ.

R. neg. conseq. Quando in querelâ inofficiosi testamenti suprâ *n. 37. in f.* jus accrescendi admisimus, admisimus eo casu, quo pater, duobus vel pluribus filiis exhæredatis, legitimam nulli reliquit, tunc enim, quia in querelâ utérque concurrat, & omnes quasi conjuncti sunt, locum habet jus accrescendi. *dd. textibus.* At nunc verò quæstio procedit de casu, quo unus ex liberis justè fuit exhæredatus, & reliqui in legitimâ instituti, ubi proindè exhæredatus habetur pro mortuo, adeoque fieri non potest, ut censeatur in numero filiorum quoad augendam legitimam. Confer *Berlich. d. concl. 12. n. 15.*

Objic. IV. Si quintus filius non fuisset exhæredatus, reliqui accepissent semissem : ergò eundem etiam accipient, esto quintus fuerit justè exhæredatus, nè alioquin exhæredatio vergat in evidens damnum reliquorum, quibus multum decresceret ; quod videtur intolerabile. R. neg.

conseq. Ad rationem assignatam dico, damnum, quod adducitur, esse merè accidentale, nec provenire præcisè ex exhæredatione, sed ex variatione numeri filiorum, quæ ipsa filiis facilè lucrosa esse potest. Fac enim, ex octo filiis, quibus aliàs semissis nomine debeantur 600, quatuor exhæredatos fuisse : nunquid ex reliquis, quibus juxtà nostram sententiam trientis nomine ex asse 1200. florenorum debentur 400, singuli accipient 100, cum tamen, si nullus exhæredatus fuisset, singuli saltem 75. accepissent. Patet

igitur, causam damni malè refundi in ipsam exhæredationem, sed esse merè per accidens, quòd cæteri non exhæredati damnum vel lucrum sentiant, qui proindè sicuti in casu à nobis nunc formato optarent, exhæredatos haberi pro mortuis, ita debent in casu ab adversariis opposito non aliud velle; ut sit uniformitas, & exhæredati nunquàm censeantur in numero filiorum, sed habeantur pro mortuis, per jura superius n. 44. allata. Dissentit *DD. Glette d. q. 10. n. 14. & seqq.* ac alii ibidem n. 11. ab ipso relati.

47 Quæritur IX. An jus accrescendi locum habeat in feudo? *Julius Clarus lib. 4. sententiarum. §. feudum. q. 77. Vult. de feudis lib. 1. cap. 9. n. 244.* & alii distinguunt inter feudum novum, & antiquum: in illo jus accrescendi penitus negant; in hoc saltem improptiè admittunt, dum dicunt, quòd pars deficiens ad superstitem perveniat jure potius successionis ex pacto & providentia primordialis investituræ, quàm jure accrescendi. *Suendendorffer ad Eckolt ff. de usufructu accrescendo. §. 8. in verb. de feudis.* ait, quæstionem hanc inspectâ naturâ successionis feudalis, & juris accrescendi, simpliciter negativè decidendam esse. *Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 23. tit. 38. n. 54. & 61.* nec non *Gail. de pace publ. lib. 2. cap. 14. n. 15.* in feudo antiquo propriè jus accrescendi admittunt, in novo non etiam. Viâ aliâ incedit *Ludwell. tractat. 2. de success. feudali. cap. 1. §. 4.* Cum quo

R. I. Si in testamento, vel aliâ ultimæ voluntatis specie quis duobus vel pluribus conjunctim in re sua allodiali noviter jus feudi leget, & unus vel alter portionem suam amittat, jus accrescendi locum habet. Ratio est, quia inspecto jure communi seu civili, in dato casu jus accrescendi obtinet. *§. 8. Inst. de legatis. l. 1. §. 3. ff. de usufructu accrescendo. l. un. §. 11. Cod. de caducis tollendis.* ergò etiam obtinet jure feudali, ut quod in hoc passu nullibi ab illo recessit. *Vid. 2. f. 1. in fin. princ.*

R. II.

R2. II. In feudo novo, per contractum, vel alium actum inter vivos constituto, portio deficientis agnati ad alium non jure accrescendi, sed vi pacti pertinet. Ratio est, quia, ut supra n. 41. probatum dedimus, in contractibus, aliisque actibus inter vivos jus accrescendi regulariter locum non habet.

R2. III. Si cohæres moriatur, antequàm feudum antiquum agnovit, vel jus succedendi repudiet, tunc sive ex testamento in feudum succedatur, iis videlicet casibus, quibus testari de feudo licet, sive ab intestato, semper juri accrescendi locus est, adeoque convasallus partem vacantem jure accrescendi accipit. Ratio est, quia in tali casu de jure civili locus est præfato juri. *arg. l. 1. §. 9. ff. ad SCtum Tertull. l. 9. ff. de suis & legit. hered. l. un. §. 10. & 14. Cod. de caduc. toll.* & consuetudine feudali nullibi hâc de re contrarium reperitur expressum. Sed contrà hanc ultimam responsionem

Objic. I. Jus accrescendi oritur ex conjunctione. §. 8. 48 *Instit. de legat.* Atqui in successione feudali nulla datur conjunctio, sed fundatur successio illa vel in facto primi acquirentis, si feudum sit antiquum, 2. *feud. 30.* vel in pacto investituræ, si novum *d. 2. feud. 12.* ergò nec in feudo antiquo jus accrescendi locum sibi vindicat. R2. ad minorem, negando, quòd in successione feudali pro casu à nobis proposito nulla detur conjunctio.

Objic. II. Jus accrescendi obtinet post mortem ejus, qui rem pluribus conjunctim reliquit: atqui successio feudalis procedit, etiamsi extrà casum mortis feudum sit apertum. 2. *f. 21. 31. & 38.* ergò &c. R2. ponendos esse terminos habiles, adeoque in illâ saltem successione feudali locum esse juri accrescendi, quæ procedit post mortem ejus, qui feudum pluribus conjunctim reliquit.

Objic. III. Jus accrescendi locum habet in re à defuncto

functo relicta : át feudum successori non relinquitur, sed vel beneficio primi aquirentis, vel ex simultanea investitura defertur; ergò &c. R. ad minorem, distinguendo, tantùm, nego, etiam, concedo. Vel defertur beneficio primi aquirentis semper sine conjunctione, nego, etiam cum conjunctione à concedente factâ, concedo. Confer *Curt. Jun. tr. de feudis p.2. de feudis laicorum num.70. pag.m. 211. Fach.7. controuv. cap.63. & seq.*

49 Sextò denique requiritur ad jus accrescendi, ut plures eodem jure ad eandem rem perveniant. Sic, licet bonorum possessione duobus delatâ, ac uno pro parte sua illam agnoscente, altero verò spernente, aut tempore excluso, portio hujus ipso jure accrescat illi, ita, ut bonorum possessionem agnoscere de novo non teneatur. *l.3. §. ult. l.4. l.5. ff. de bonorum possessionibus. l. un. Cod. quando non petentium partes petentibus accrescant.* Hoc tamen aliter non procedit, quàm si eodem jure plures ad bonorum possessionem veniant. Si diverso, fortè quòd unus petere possit bonorum possessionem contrà tabulas, alter secundùm tabulas, locum non habet jus accrescendi. Undè si patronus, testamento liberti præteritus, bonorum possessionem contrà tabulas pro parte sua agnoscat, & hæres scriptus deficiat, partem omissam non aliter acquirit patronus, quàm si bonorum possessionem denuò postulaverit. *l.6. princ. ff. de bonorum possess. Giph. & Duarenus ad d.t. Wissenbach disp. ad pand.11. th.5. Adamus Struv. exercit. ad pand. 37. th.7.*

50 Forma externa juris accrescendi stat in modo, quo portio deficiens accrescit. Ubi *Ludwell th.17. & q.36. & Brunnemann ad l. un. Cod. de caduc. toll. n.58.* hæredes separant à legatariis. Illis, ajunt, si plures sint, portio deficiens accrescit pro partibus hæreditariis : his pro virilibus & æquis. Sed rectiùs cum communi sentiunt *Duarenus lib.2. de jure accrescendi. cap.3. Fach.4. controuv. cap.95. Perez in Cod.*

Cod. de caduc. toll. n. 17. nullam inter hæredes & legatarios hæc in re agnoscentes differentiam. Et quidem, quòd portio vacans hæredibus accrescat pro portionibus hæreditariis, textus est in *l. 59. §. 3. ff. de hæred. instit. & l. un. §. 10. Cod. de caducis toll.* Quòd eodem modo legatariis, in *l. 41. princ. ff. de legat. 2.*

Neque dicas I. Cum *Ludwell d. th. 17.* si ab initio omnes ad legatum concurrunt, æquæ ipsis debentur partes. *l. 67. §. un. ff. de legat. 1.* ergò etiam deficientibus quibusdam, partes illorum reliquis ex æquo & numero personarum accrescent. Nam ad rem non est discursus iste, quia tantum procedit de casu, quo eadem res pluribus, æqualibus partibus legata fuit, cum tamen supponendi sint termini, in quibus legatum pluribus relictum fuit inæqualibus partibus.

Neque objicias II. Textum in *l. un. §. 11. Cod. de caducis toll.* ibi: *pro virili portione.* Nam R. cum *Fach. ubi supra in f. d. §. phum* accipiendum esse de casu, quo omnium legatariorum portiones sunt æquales.

Effectus juris accrescendi est vel generalis, vel specialis. Generalis duplex est, proximus & remotus. Proximus est delatio solidi. *§. 8. Inst. de legatis. l. 15. §. un. l. 16. §. 2. ff. de legat. 1. l. 40. ff. de legat. 2.* Effectus remotus consistit in actionibus, quibus pars vacans peti potest, quales sunt petitio hæreditatis, actio personalis ex testamento, rei vindicatio, & actio hypothecaria, quarum tamen concursus non simultaneus, sed electivus est. *l. 76. §. 8. ff. d. lib. cum omnes sint rei persecutoriae, quæ non nisi electivè concurrunt. l. 34. §. ult. ff. de O. & A. l. 43. §. un. l. 57. ff. de R. J. Confer nostrum tit. de legatis. n. 28. in f.*

Effectus speciales occurrunt duo. Primus est, quòd solidum tribuat etiam tunc, cum ususfructus concursu divisus fuit. *l. 1. §. 3. ff. de usufr. accresc.* ut ecce! mihi & tibi ususfructus ejusdem prædii legatus est; uterque partem

suam agnoscit, tu verò postea deficiis. Cui accrescit portio defecta? proprietariè, an mihi? mihi *d. l. i. §. 3.* Diversum obtinet in proprietate pluribus conjunctim legata, ubi post concursum portio defecta non cedit collegatario, sed hæredibus. Cur tam variè? quia proprietas semel tantum constituitur, puta, dum vindicatur. Ususfructus verò causam habet successivam, ac singulis quasi momentis constituitur, quia sustinetur perceptione fructuum, quæ continuo recurrit. Undè si legatarius post concursum deficiat, perindè est, atque si initio statim defecisset. *Perez. in Cod. de caduc. toll. n. 24.* Alter specialis effectus juris accrescendi est, quòd integrum usumfructum etiam illi adjiciat, qui partem suam amisit. *l. 10. ff. d. t. l. 33. §. un. in f. ff. de usufr.* ut ecce! mihi & tibi ususfructus ejusdem fundi legatus est. Ego partem meam non utendo amitto. Tu post amissam repudias partem tuam. Cui accrescit portio defecta? mihi nè, an proprietario? mihi *dd. ll.* Dispar est causa proprietatis, in qua portio deficiens nunquam accrescit legatario repudianti. Cur tam variè? quia in proprietate portio vacans, exemplo alluvionis, portioni accrescit, quam nisi inveniat, non habet, ubi pedem figat. Ususfructus verò personam sequitur, quam si reperiat, statim complectitur.

- 54 Contraria juris accrescendi sunt causæ ex quibus cessat. Cessat autem vel propter voluntatem testatoris, vel ob causam aliam. Voluntas testatoris est vel expressa vel tacita. Ob voluntatem testatoris tacitam cessat jus accrescendi in legato alimentorum. *l. 57. §. un. ff. de usufructu, & quemadmodum &c.* Ubi Papinianus ait, quòd si testator libertis suis per fideicommissum certorum prædiorum usumfructum reliquerit ob alimenta, & unus ex libertis moriatur, portio ejus cæteris libertis non accrescat, sed ad hæredem recurrat. Ratio est, quia ex adjectione alimentorum apparet, testatorem

rem voluisse, non plus quemlibet libertum habere debere, quàm ut vitam suam toleraret. *Perez, in Cod. de caduc. toll. n. pen.* ubi addit, se credere, quòd eàdem ratione in usu duobus legato jus accrescendi cesset, quia usus non ad compendium, sed ad necessitatem personæ refertur. Ob 55

expressam testatoris voluntatem cessat jus accrescendi I. Si testator conjunctis substitutos dederit: tunc enim cessante jure accrescendi pars deficiens ad substitutum potius, quàm conjunctum pertinet. *l. 2. §. 8. ff. de bon. possess. secundùm tab.* Nisi fortè substitutio facta sit in defectum primi & secundi gradus, ut in *l. 30. ff. de vulg. & pupill. substit.* Tunc enim, donec omnes ex primo & secundo gradu decesserint, locum non habet substitutio, adeoque locum habet jus accrescendi, & conjunctus substitutum excludit, præsertim si testator sensit de totà hæreditate in tertium substitutum conferenda. *Brunnemann ad d. l. 30.*

Quæritur, an substitutio etiam inutilis cessare faciat 56 jus accrescendi? R. negativè: nam non entis non sunt qualitates, & non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum. Neque obstat textus in *l. 19. princ. ff. de injusto, rupto &c.* ubi cessat jus accrescendi propter substitutionem, quæ ob præteritionem posthumi inutilis est; ita enim ibidem ait Sævola: *Si ego & Titius instituti sumus, & à nobis posthumus exheredatus sit, à substitutis nostris non sit exheredatus: Titio defuncto nè ego quidem adire potero: jam enim propter instituti personam, à quo posthumus exheredatus est, in cujus locum substitutus vocatur, à quo posthumus exheredatus non est, ruptum est testamentum.*

Nam R. in opposita lege substitutionem inutilem cessare facere jus accrescendi ex certâ ratione, quia aliàs paganus partim testatus, partim intestatus decederet; testatus quidem, quia ego cohæres Titii vi juris accrescendi hæreditatem adirem ex testamento: ab intestato verò, quia

posthumus, in cuius favorem testamentum rumpitur, rumpendo locum sibi facit, non alii. *l. 14. ff. de liberis & posthum. l. 5. vers. rumpendo autem. ff. de injusto, rupto &c.* adeoque ab intestato succedit. Atque hanc esse veram & specialem à nobis assignatam rationem, patet ex statim *seq. §. 1. d. l. 19.* ubi Ictus dicit, quòd si Ego & Titius invicem substituti simus, quamvis posthumus in partem substitutionis exhæredatus non sit, mortuo vel repudiante Titio, hæres ex asse esse possim. Quia videlicet tunc successio non nisi ex testamento fit, cum iisdem personis eadem oratione in utroque gradu institutis, exhæredationem ab omnibus gradibus factam interpretemur, quamvis à secundo gradu posthumus nominatim exhæredatus non sit. *arg. l. 3. §. 2. ff. de liberis & posthumis &c. Duaren. lib. 2. de jure accrescendi. cap. 16. in f. Confer Mantica de conject. ult. volunt. lib. 4. tit. 12. n. 18.* Apud quem Baldus hanc legis *19. ff. de injusto &c.* subjungit rationem, quia substitutio ibidem redditur nulla favore posthumi præteriti, cuius favor nullus esset, si locum haberet jus accrescendi. Adde Bartholomæum Romuleum, Florentinum, Ingolstadii quondam legum professorem pri-
57 marium, *tr. de jure accrescendi n. 165. & seqq.* II. Ob expressam testatoris voluntatem cessat jus accrescendi, si testator id prohibuerit, quod in legatis fieri posse, expeditum est, cum juxta dicta superius *n. 5.* nulla juris ratio impediat, partem legati deficientem penes hæredem remanere. *arg. l. 57. pr. ff. de usufructu &c.*

De hæreditate autem controversitur, an testator in ea quoque jus accrescendi prohibere possit? Negant Ludwell ad *l. 7. ff. de R. J. n. 17.* D. Mayer de legatis *cap. 5. num. 9.* Perez in *Cod. de caduc. toll. n. f.* ex ea ratione, quia nemo in testamento suo cavere potest, nè leges in eo locum habeant. *l. 55. ff. de legatis 1.* Affirmat Bartolus motus per textum in *l. 9. §. 13. ff. de hæred. instit.* ubi Ulpianus ait, quòd si duo sint hære-

hæredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex bessa ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequatur, ut, detractâ fundi mentione, quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur, si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragetur. Ergò potest voluntas patrisfamilias ita refragari, ut duo fundum ex testamento, hæreditatem verò reliquam ab intestato consequantur: ergò potest paterfamilias etiam prohibere jus accrescendi, esto factâ ejusmodi prohibitione paganus partim testatus, partim intestatus decedat. Ego cum *Duareno lib. 2. de jure accrescendi. cap. 14.* temperamentum adhibeo, ac testatori potestatem prohibendi eo saltem casu assero, quo indè contrà *l. 7. ff. de R. J.* non sequitur, testatorem pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere. Prius membrum probatur tum per textum in *nov. 22. cap. 2. in princ.* ubi dicitur, quòd voluntas testatoris tanquàm lex custodienda sit. Tum quia taciti & expressi idem est judicium. *l. 3. ff. de R. C.* Atqui testator potest jus accrescendi tacitè prohibere, cùm juxta dicta *n. 55.* possit uni ex cohæredibus substituere. *l. 2. §. 8. ff. de bon. possess.* ergò potest etiam jus accrescendi expressè prohibere. Membrum posterius probatur ex *d. l. 55. ff. de legat. 1.* Factam igitur prohibitionem juris accrescendi semper ita interpretari debemus, & validam pronuntiare, ut testator non nisi testatus decedat: quemadmodum Jctus Licinius Rufinus in *l. 74. ff. de hæred. inst.* ait: *Si ita quis hæres institutus fuerit excepto fundo, excepto usufructu hæres esto: perindè erit jure civili, atque si sine eâ re hæres institutus esset.* Seu, ut mea sensa magis exprimam cum *Vinnio lib. 2. select. quest. cap. 22. pag. m. 519.* prohibitio juris accrescendi non facit quidè, quo minùs hæres scriptus vi & potestate juris ex asse hæres fiat: interim tamen operatur, ut hæres ex certa re aut parte scriptus residuum vel partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquàm ex fidei-

commisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venturi fuissent. Ad verba finalia *legis* 9.

§.13. ff. d. t. R. sensum esse, quod voluntas patrisfamilias refragari possit, non in tantum, ut duo fundum ex testamento, hæreditatem verò reliquam ab intestato consequantur; sed quoad partes assignatas, seu ut duo illi hæredes instituti ex testamento partes inæquales hæreditatis capiant, ad exemplum inæqualium partium fundi Corneliani assignatarum. *Fach. 4. contr. cap. 15. in f.*

58 Ob causam aliam cessat jus accrescendi I. Si alii in eadem re magis reperiantur conjuncti, puta, si ita scriptum sit: *Titius & Fratris mei Filii hæredes sunt.* l. 13 pr. ff. de hæred. instit. Vel ita: *Titio & hæredibus meis lego.* l. 7. ff. de usufr. accrescendo. Nam etsi in hiscè exemplis omnes re & verbis sint conjuncti, illi tamen, qui collectim vocantur, magis conjuncti censentur: ideoque si unus ex filiis illis, fratribus, aut hæredibus moriatur, ejus portio solis fratribus cæteris, aut hæredibus, Titio verò nihil accrescit. *Duaren. lib. 2. cap. 9. Perez, in Cod. de caducis toll. n. 20.* II. Si legatum, in quo aliàs jus accrescendi obtineret, non nisi ex speciali humanitatis ratione subsistat, prout accidit in casu l. 3. §. 3. ff. de legatis præstandis, de quo suprà n. 14. object. 3. egimus. III. Si legatarius contra voluntatem testatoris legatum capiat, ut in l. 74. in f. ff. de condit. & demonstrat. quam suprà n. 23. ibi: *ad decimum.* explanavimus. Adde *Duaren. lib. 2. cap. ult.* IV. Si plures diverso jure ad bonorum possessionem veniant. l. 6. princ. ff. de bonorum possess. de quâ pluribus suprà n. 49. V. Si hæreditas jure suitalis, sanguinis, aut jure deliberandi transmittatur in alios. Cum enim substitutio cessare faciat jus accrescendi, ut dictum suprà n. 55. & transmissarius potior sit substituto, ut sensimus alibi, nimirum *lib. 2. Instit. tit. 15. n. ult.* sequitur necessario, transmissarium etiam potiozem esse eo, cui aliàs jus

jus accrescendi suffragatur. Confer *Duaren. d. lib. 2. cap. 17.*

VI. Denique, si edictum successorium sit in contrarium.
Duaren. d. loc. cap. 18.



QUÆSTIO X.

Utrum fœmina SCto Vellejano renun-
ciare possit? & quid si juramentum
præstiterit?

SUMMARIA.

1. Describitur SCtum Vellejanum.
2. Quando, & quibus consulibus factum fuerit?
3. Duplici ratione motus fuit Senatus, ut ab intercessionibus fœminas arceret.
4. Quo beneficio, non attentâ qualitate sexus, mulieribus, nec non illarum heredibus, fidejussoribus, & mandataris succurritur.
5. Si fœmina & mas simul pro alio intercesserint, subductâ personâ mulieris, solus mas in solidum tenetur, excluso beneficio divisionis; non obstantibus textibus contrariis.
6. Neque ex parte creditoris, apud quem, neque ex parte debitoris, pro quo mulier intercedit, quidquam interest, cujus ille conditionis sit.
7. Intercessio mulieris dupliciter fieri potest, vel obligando res suas, vel obligando personam suam.
8. An SCtum omnem obligationem tollat, & quid Justinianus caverit?

9. *Produntur varia remedia, quæ ex hoc SCto, vel ejus occasione competunt.*
10. & 11. *Adducuntur duo casus, in quibus SCtum Vellejanum cessat.*
12. *Quanam differentia inter intercessionem mulieris pro marito, vel extraneo factam?*
13. *Proponitur casus alius, pro memoratum SCtum cessat.*
14. *Defenditur sententia, vi cujus femina SCto Vellejano renunciare potest.*
15. *Adducuntur Authores, qui eandem docent sententiam.*
16. *Recitantur Authores, qui sustinent sententiam contrariam.*
17. 18. 19. 20. & 21. *Cujus argumenta enervantur.*
22. *Femina exceptione SCti uti non potest, si intercessioni suæ juramentum adjecerit; quod inter alia ex cap. 9. de jurejurando probatur.*
23. *Ad quod quadrare non videntur responsiones Patronorum sententia contraria.*
24. & 25. *Afferuntur duæ aliæ causæ, ob quas SCtum cessat.*
26. *Similiter si femina pro extraneo, qui dotem promiserat, intercesserit, dotem promissam solvere tenetur.*
27. *Cum differentiâ tamen, antè matrimonium, an stante illo femina pro dote intercesserit.*
28. *Eodem privilegio non gaudet donatio propter nuptias.*
29. *Pro pretio manumissionis servi si mulier intercessit, cessat SCtum.*
30. *Secus, si aliud quodcunque negotium celebravit, quod speciem intercessionis non habet.*
31. *Nè privilegium, concessum feminis, cedat in injuriam creditoris, ipsi quoque variè succurritur.*

I SCtum Vellejanum est jus à Senatu Romano constitutum, quo cavetur, nè contra mulieres, quæ pro aliis reæ

reæ fiunt vel intercedunt, efficax actio detur. *l. 2. §. 1. ff. ad SCtum Vellejanum.*

Dixi I. *Jus, à Senatu Romano constitutum.* & qui. 2
dem consulibus Marco Silano, & Vellejo tutore, à quo hoc
SCtum Vellejanum dictum est, tempore, ut probabiliter
creditur, Imperatoris Neronis. *Lauterbach in Colleg. Theor.
pract. ad d. tit. §. 2.* quamvis jam Augusti & Claudii Impe-
ratorum edictis antiquitus interdictum fuerit, nè fæminæ
pro viris intercederent, *d. l. 2. pr.* quippe ad quam interces-
sionem facilius, siue amore vehementiori excitatæ, siue sub-
inde metu aliquo reverentiali adaectæ, inducebantur. *D.
Bassus p. m. ad 50. decis. 18. n. 1.*

Dixi II. *quo cavetur.* Ratio cavendi, & jus hoc con- 3
stituendi duplex assignatur. Prima est, quia intercedere
pro alio est officium quodammodo virile; certè tale, in quo
non sola opera, nudumque ministerium, sed simul pericu-
lum rei familiaris versatur. *l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. ff. d. t.* ubi JCtus
non argumentatur à genere ad speciem, sed à comparatis:
quòd scilicet, sicut virilia officia interdicta sunt mulieribus,
ita quoque æquum non sit, ejus generis obligationibus illas
adstringi, quibus pro aliis reæ fiant. Cæterum intercessio
propriè virile seu civile munus non est. *Bachov. in Treutl.
vol. 1. disp. 25. th. 1. lit. C. Eckolt ff. ad SCtum Vell. §. 4.* Se-
cunda & intimior ratio est, nè sexûs muliebris imprudentia,
levitas, & fragilitas in perniciem substantiæ earum conver-
tatur; cùm hoc genus hominum sæpè etiam contra propria
commoda laboret, nec intelligatur sufficienter apprehen-
dere periculum intercessionis: siquidem intercedere initio
quidem levè, sed tandem noxia præstatio est. *d. l. 2. §. 2. ff.
d. t. Bassus d. n. 1. Haunold de J. & J. tract. 9. cap. 1. contr. 7.
n. 117. Eckolt ubi supra. §. 3.*

Dixi III. *nè contra mulieres.* Quâ appellatione hîc 4
veniunt nuptæ & innuptæ, virgines & viduæ, matres - & fi-

liæ familiæ, puberes & impuberes, honestæ & corruptæ. Senatus enim sexum tantum, non etiam qualitatem sexûs respexit. *Frantzkius ff. ad SCtum Vell. n. 10. Lauterbach. d. loc. § 4. Eckolt ibid. § 5.*

Excipi solent Regina, Ducissæ, Principissæ, Abbatissæ, & similes fæminæ Illustres, habentes regalia & jurisdictionalia, quas DD. res æquè, ac viros ex intercessione suâ volunt obligari. *Lauterbach & Eckolt dd. locis.*

Cæterum non tantum ipsis fæminis, quæ pro alio intercesserunt, hoc beneficio succurritur, sed etiam hæredibus illarum. *l. 7. l. 20. Cod. d. tit.* Item fidejussoribus, qui pro fæminis intercedentibus se obligarunt, siue regressum habeant contra mulierem, siue non. *l. 8. § 4. l. 16. § 1. ff. l. 14. & 15. Cod. d. tit. l. 7. § 1. ff. de except.*

Item aliis, qui mandato mulieris apud alios scientes pro aliis intercesserunt. *l. 6. & 7. l. 30. § 1. l. ult. § 3. ff. ad SCtum Vell.* Ratio horum omnium est, quia exceptio SCti Vellejani realis est, & lex hæc totam obligationem improbat. *d. l. 16. § 1. in f. Eckolt d. § 5. Struv. in Syntag. Jur. Civil. exercit. ad pand. 21. th. 4.*

5 Porro si fæmina & mas simul pro alio intercesserint, tunc subductâ personâ mulieris, solus mas in solidum tenetur, excluso beneficio divisionis, cum scire potuerit, aut saltem debuerit, mulierem frustra intercedere. *l. 48. princ. ff. de fidejussoribus & c. Struv. d. exercit. 21. th. 5. Nos in prodromo Justin. lib. 3. Instit. tit. 21. § 9. n. 42.*

Neque obstat r. textus in *d. l. 48. § 1. ff. de fidejussoribus*, ubi JC. Papinianus insinuat, quod, si Titius unacum minore intercedat, & hujus persona per restitutionem subducatur, Titius non nisi pro parte teneatur. Nam diversitatis ratio consistit in eo, quod, licet minor ob beneficium restitutionis in integrum sibi competens, pro alio non rectè interveniat, ignorare tamen Titius potuerit, an minor sit, cum quo intercessit. At verò sexus & intuitu ejus competens beneficium Vellejani latere eundem non potuit. Deinde dato etiam, quod

ætatem

ætatem non ignoraverit, cogitare saltem potuit, Prætorem non esse accommodaturum auxilium suum, ut quod non nisi præviâ causæ cognitione impertitur. *Brunnemann ad d. l. 48. ff. de fidejussoribus. Zoës. ff. ad SCtum Vell. n. 7. & de fidejuss. n. 32.* Neque obstat 2. textus in *l. 18. ff. ad SCtum Vellejanum*, ubi JC. Paulus ait, fæminam & marem pro parte teneri. Nam R. fæminam ibidem unacum masculo in communem rem seu utilitatem fidejussisse, prout patet ex collatione *l. 17. §. ult. ff. d. tit. Brunnemann ibid. n. 5. Lauterbach ff. ad SC. Vell. § 18. in f. Struv. d. exercit. 21. th. 9. in f. & in evolut. controuv. ibid. th. 5. Joan. à Sande aurearum decis. lib. 3. tit. 10. definit. 2.* Neque obstat 3. textus in *l. 8. Cod. ad SC. Vell.* ubi Imperator Gordianus rescribit, quod si filii & filiæ emancipatæ paternam obligationem in se receperint, filiæ quidem propter exceptionem Vellejani subducantur, & virilibus obligationibus eximantur, filii tamen propterea non in solidum, sed saltem in id, in quo se obligaverunt, teneantur. Nam R. in memorato textu filios & filias non in solidum, non simpliciter, sed in viriles saltem portiones se obligasse, prout ex ipso textu colligitur. *Zoës. ff. ad SC. Vell. n. 8. Brunnemann. ad d. l. 8. C. eod. n. 3.*

Dixi IV. quæ pro aliis. Ubi primò non interest ex parte creditoris, apud quem intercedit mulier, an is masculus sit, an fæmina *l. 5. Cod. d. t. major-vel minorennis l. 12. ff. de minoribus 25. annis.* nisi tamen minoris debitor, pro quo intercessit mulier, fortè non sit solvendo: tunc enim potior ratio habetur ætatis, quàm sexus, *d. l. 12. in f.* Neque secundò interest ex parte debitoris, pro quo mulier intercedit, cujus ille conditionis sit *l. 1. pr. ff. ad SC. Vell.* nam etsi pro patre aut filio intercesserit, tuta est hoc beneficio. *l. 3. & 8. C. d. t.* Quòd si uxor intercedat pro marito suo, intercessio hæc multoties repetita non valet, sed ipso jure nulla est, *auth. si qua mulier. Cod. d. t. nov. 134. c. 8.* Ratio

scribit *Brunnemann ad d. auth. n. 1.* est metus reverentialis, quem lex in proposito præsumit. Imò licet uxor & maritus in eodem instrumento se principaliter obligaverint, tanquàm duo rei debendi, ipsa tamen uxor inde non tenetur, nisi manifestè ostendatur, pecuniam in propriam uxoris utilitatem versam esse. *ad. textibus.* Ratio est, quia jura in proposito præsumunt, totam pecuniam pervenisse ad maritum, tanquàm potiozem, & cui mulier ob reverentiam conjugalem non fuisset ausa contradicere. *Andr. Gail. lib. 2. obs. 89. n. 1.* ubi ita die 24. Jan. anno 1565. in Camera Imperiali judicatum refert. *Berlich. part. 2. conclus. pract. 19. n. 59. Joan. Zanger tr. de except. part. 3. cap. 11. n. 130. Lauterbach ff. ad SC. Vell. §. 6.*

- 7 Dixi V. *Reæfiunt, vel intercedunt.* Intercessio hæc fit dupliciter, vel obligando res suas, vel obligando personam suam. Si mulier res suas pro alio obligat, vel oppignorat, SCtum locum habet. *l. 8. pr. ff. d. t.* si verò maritus obligat res uxoris sine ejus consensu, pignus non tenet. Quòd si uxor consentiat marito, res ejus obliganti, & creditor hoc sciat, SCtum procedit. Quòd si permittat maritum res suas, tanquàm proprias, pignori dare, creditore hoc ignorante, pignus tenet, secluso Vellejano, utpote quo non calliditati mulierum, sed ipsarum infirmitati consultum est, *l. 5. §. 7. Cod. d. t. Haunold. d. controuv. 7. n. 118. Lauterbach ubi supra §. 7. D. Bassus d. decis. 18. n. 9.* Personam suam mulier intercessoriè obligat duobus modis; vel veterem obligationem (qualis est, quæ jam in alio radicata est) in se recipiendo, vel novam (qualis est, quæ in nullo alio præexistit, sed jam primùm cadit in personam mulieris) in se suscipiendo. *l. 8. §. 1. ff. l. 4. l. 18. Cod. d. t. Bassus d. loc. n. 5.* veterem obligationem mulier in se recipit vel cumulative seu per participationem, vel privativè seu per translationem. Cumulative ita, quando principalis debitor, pro quo intercedit

cedit mulier, nihilominus manet obligatus, ipsa autem tantum accessorie se obligat, puta, fidejubendo pro alio *l. 2. §. 1. l. 25. §. 1. ff. d. tit. l. 3. l. 48. pr. ff. de fidejussoribus.* alienum debitum constituendo. *l. 1. §. 1. ff. de constit. pecun.* mandando, ut quis alteri credat, vel cum altero contrahat. *l. 6. §. 7. ff. ad SC. Vell.* adde *l. 32. ff. mandati. §. l. 19. Cod. de fidejuss.* Privative ita, quando mulier veterem obligationem ita in se transfundit, ut debitor principalis deobligetur; & hoc vel fit perfecte, nempe per expromissionem. *l. 8. §. 8. ff. ad SC. Vell.* vel imperfecte, & tantum ope exceptionis, ut si mulier judicium pro alio suscipiat. *l. 2. §. ult. ff. d. t. junct. l. 2. Cod. de pactis. l. 20 ff. de interrog. in jure fac. l. 10. §. 1. ff. de in rem verso. l. 23. ff. de Solut. Frantz k. ff. ad SC. Vell. n. 15. Lauterbach ibid. §. 8.* Porro novam obligationem mulier in se suscipit, si obligationem, quam alius erat contracturus, ipsa immediate contrahit in alterius utilitatem. *l. 8. §. 14. ff. l. 19. Cod. d. t. Frantz k. ff. ibid. n. 16. Lauterbach d. loc. §. 9.*

Dixi VI. *Efficax actio detur.* Potest igitur mulier conveniri ex intercessione sua, quia ex comuni Doctorum obligatur inde & naturaliter, & civiliter; conventa autem potest se tueri exceptione Vellejana, quæ exceptio mulierem etiam in foro animæ reddit securam, & immunem ab omni obligatione. *Molina tract. 2. de J. & J. disp. 540. n. 2. Haunold d. contr. 7. n. 116.* Planè jure novo ad hoc, ut mulier ex intercessione sua dicto modo obligetur, requiritur, ut intercesserit in instrumento publicè confecto, & à tribus testibus subsignato; secus intercessio est ipso jure nulla, & consequenter mulier hoc auxilio non eget. *l. 23. §. ult. Cod. d. t. Frantzkius ff. ibid. n. 34. Lauterbach eodem loco §. 10. Haunold. ubi supra. Bassus d. decis. 18. n. 3.*

Cæterum remedia, quæ ex hoc SCto velejus occasione competunt, diversa sunt. Si enim mulier ex inter-

cessionem suam contra SCtum factam, aliquid solverit, potest solutum, tanquam indebitum, repetere per conditionem indebiti. *l. 9. Cod. d. tit. l. 40. princ. ff. de conditione indebiti.* Quod si rem suam pro alio dederit pignori, potest eam à quocunque possessore unacum fructibus vindicare. *l. ult. §. 1. ff. ad SC. Vell. l. 39. §. 1. ff. de R. V.* Si verò nihil adhuc solvit, aut tradidit, & tamen certò constat, mulierem contra SCtum intercessisse, denegatur adversus illam actio. *l. 2. §. 1. ff. ad SC. Vell.* quòd si de eo dubitetur, datur exceptio Vellejana. *l. 6. l. 23. inf. ff. & passim Cod. dict. tit. Frantz k. ff. ibid. n. 31. Lauterbach eod. loc. §. 15.* Quæ exceptio est perpetua. *d. l. 40. pr. ff. de condict. indebiti.* Realis. *l. 7. §. 1. ff. de except. & ita privilegiata,* ut etiam possit opponi post rem judicatam, ad impediendam executionem. *l. 11. ff. de SCto Maced. Frantz k. ubi supra n. 32. Lauterbach ibid. §. 16. & 20.*

- 10 Cessat autem hæc exceptio variis casibus. Et quidem ex persona mulieris cessat I, Ob ejus dolum, si ipsa, non ignara beneficii, intercessionem simulet, & proprium negotium fingens, cum alio contrahat, aut mentita virum, hoc modo creditorem, fraudis inscium, decipiat. *l. 2. §. 3. l. 23. l. 30. pr. ff. l. 5. l. 18. Cod. ad SC. Vell.* Ratio est, quia mulieribus deceptis, non etiam decipientibus, senatus voluit consulere; & privilegiatus, si in causam privilegiatam miscet dolum, hoc ipso privilegium perdit. *Lauterbach. ubi supra §. 21.*
- II Cessat, si creditor instrumento, aliòve modo probet, mulierem intercessionis pretium accepisse. *l. 23. pr. & §. 1. Cod. d. tit. Bassus ad d. decis. 18. n. 9. inf.* Ratio est, quia hoc casu mulier magis cupiditate lucri, quam imbecillitate sexus intelligitur ad intercedendum profiliisse. Quantum autem pretium debeat accepisse mulier, ut ab hoc beneficio excludatur, relinquitur arbitrio judicis, qui tamen cavere debet, nè fæminæ etiam pro minimo lucello, hoc beneficio fraudentur. *Lauterbach d. loc. §. 22. Hau-*
nold

nold. d. controu. 7. n. 134. Ex quo Authore colligo, pretium debere esse tantum, pro quo, tanquàm justo, alius periculū fidejussionis posset vendere. III. Cessat, si fæmina æta- 12

te major intercessionem post biennium repetat, & se iteratò obliget pro extraneo. *l. 22. Cod. d. tit.* Notanter dico, *pro extraneo.*

Nam intercessio facta pro marito, etiam post biennium sæpiùs renovata, tamen non confirmatur, de quo jam supra *n. 5. & D. Bassus d. decis. 18. n. 2. & 9.* Ratio autem, cur intercessio facta pro extraneo, & post biennium denuò repetita, evadat inelidibilis, est, quia mulier, quæ post tanti temporis lapsum intercessionem renovat, videtur non tam pro alienâ obligatione intervenisse, quàm potiùs pro propriâ; neque fragilitate id fecisse, sed magis deliberato judicio, ut quæ tamdiu perseveravit in eadem voluntate. *d. l. 22.* quam præsumptionem *Haunold. d. n. 134.* dicit, esse præsumptionem juris tantum. *Brunnemann* verò *ad d. l. 22. n. 4. & Baldus ac Alciatus apud Menoch. lib. 3. præsumpt. 21. in fine* docent, esse præsumptionem juris & de jure, quæ doctrina mihi quóque magis placet. Cæ-

terùm prædicta confirmatio non retrotrahitur ad tempus primæ intercessionis, sed intercessio primùm incipit valere ex die iterationis factæ; quod benè notandum, propter concursum aliorum creditorum. *Berlich, d. concl. 19. n. 8. Wissenbach ad d. l. 22. Lauterbach ff. ibid. §. 23.* ubi ita scribit: prædicta autem confirmatio non retrotrahitur, sed intercessio ex die ultimæ demum confirmationis vires accipit; ut creditor inter hypothecarios non ex tempore primæ oppignorationis, sed ex die confirmationis collocetur. Hæc *Lauterbach.*

IV. Cessat, si mulier pro alio intercesserit in suam utilitatem, vel si indè non sit facta pauperior, ut si debitor à creditore suo alteri delegata sit. *l. 2. Cod. ad SC. Pell.* Plura exempla exstant in *l. 3. l. 13. princ. l.*

17. §. ult. l. 21. princ. l. 22. ff. d. t. V. Probabiliter cessat, 14

si mulier sufficienter edocta de jure sibi competente, & vi hujus beneficii, eidem renunciavit, tum quia unusquisque favori, pro se introducto, renunciare potest. *l. pen. Cod. de pactis*. Atqui senatus principaliter respexit favorem mulierum. *l. 40. pr. ff. de condict. indebiti*. Ergo &c. Tum quia mulier, si pro eo, pro quo intercessit, parata sit judicium accipere, cavere tenetur, exceptione SCti se non usuram. *l. ult. §. pen. ff. ad SC. Vell.* Quem textum de extrajudiciali renunciatione loqui, patet ex eo, quia, antequàm mulier in judicium venit, se exceptione non usuram, cavisse proponitur. Tum denique, quia fæminæ, si liberorum tutelâ fungi velint, coram judice SCto Vellejano renunciare debent. *nov. 118. c. 5. indéque desumptâ auth. Matri & avia. Cod. quando mulier tutelâ officio fungi potest.* Ex quo colligitur, renunciationem à lege non tantum permitti, sed exigi: unde ipsa videtur esse de genere permissorum. Profectò! quando fæmina de periculo & futuro damno, quod ei ex intercessione imminet; itémque de solitudine, quam senatus pro eâ habuit, & auxilio, quod eidem tribuit, sufficienter edocta, nihilominus SCto renunciat, atque ita ex intercessione suâ efficaciter vult obligari, non videtur præsumi posse, quòd id fecerit ex fragilitate, sed potius, quòd maturâ & deliberatâ voluntate. Neque porro in hoc actu, qui omni respectu privatus est juxta *n. 2.* reperitur aliqua inhonestas aut indecentia. Atque opinioni huic pleno ore acclamant *Gail. 2. obs. 77. Fach. 2. contr. c. 60. Hier. Trentl. vol. 1. disp. 25. th. 4. lit. F. Perez in Cod. ad SC. Vell. n. 23. Frantz. ff. ibid. n. 29. & seqq. Eckolt ibid. §. 9. in f. Myller ad Struv. d. exercit. 21. th. 10. lit. T. Stryk. vol. noviss. dissert. jurid. de jure privilegiati contra privilegiatum. c. 2. n. 68. Clariss. D. Fleck in Bibliotheca juris civilis lib. 3. tit. 48. n. ult. Lauterbach ubi supra. §. 24. ubi ait, sententiam hanc non tantum in praxi receptam, sed etiam de jure verissimam esse,*

esse. *Hahn ad Wesenbec. ff. ibid. n. 9.* dicens, communem hanc opinionem praxi quotidianâ receptissimam esse. Idem testatur *D. Bassus d. decis. 18. n. 10.* esto ibidem contrariæ subscribat. *Hunn. part. 3. Encyclop. tit. 6. c. 3. n. 2.* ubi ait, in sacro Romano Imperio sententiam hanc receptam, & praxi atque usu adeò confirmatam esse, ut de eâ dubitare nullo modo liceat.

Neque refert I. An renunciatio hæc in judicio facta sit, an extra judicium. Nec II. An

in publico instrumento, an verò in privato. Nec III.

An cum, vel sine juramento. *Authores qui supra. dd. locis.*

Imò volunt Doctores apud *Gail. d. obs. 77. n. 9.* & *Hunn. in Treutl. d. th. 4. q. 8.* juratam renunciationem hujus SCti valere, quamvis non probetur, mulierem de eo, quid, & & quale sit, edoctam fuisse.

Econtra mulierem beneficio SCti renunciare non 16
posse, sustinent *Zanger d. c. 11. n. 153.* & *seqq. Berlich d. concl. 19. n. 16.* *Hunn. in Treutl. d. th. 4. q. 7.* *Bachov. ibid. lit. E. & F. Vinn. lib. 1. select. quest. cap. 48.* *Zoës. ff. ad SC. Vell. n. 17.* *Haunold. d. contr. 7. n. 135.* & *seqq. Clariss. D. Gletle p. m. part. 3. select. quest. cap. 10. n. 10.* & plures alii, quorum argumenta lubet solve.

Argumentum pri- 17
mum sic instruitur: esto SCtum Macedonianum ob imbecillitatem sexûs constitutum sit, filiusfamilias tamen efficaciter eidem renunciare non potest, ut ipsi docuimus *lib. 3. Inst. tit. 15. part. 1. §. 4. num. 31.* ergò etiam, esto SCtum Vellejanum ob fragilitatem sexûs constitutum sit, fæmina tamen efficaciter eidem renunciare non poterit, & neg. conseq. SCtum Macedonianum principaliter introductum fuit in odium foeneratorum, adeoque directè boni publici causâ, nè mores filiorumfamilias creditâ pecuniâ corrumpantur, juxta nostram doctrinam *d. §. 4. n. 18.* Unde odiosum dicitur in *l. 40. in f. pr. ff. de conditione indebiti.* pactis autem privatorum jus publicum mutari nequit.

l. 38. ff. de pactis. Econtra SCtum Vellejanum principaliter introductum est in favorem mulierum, nè inconsultis intercessionibus propter fragilitatem sexûs decipiantur, seu bonorum jacturam patiantur. *l. 1. §. 1. l. 2. §. 2. ff. ad SC. Vell.* Undè & favorabile dicitur in *d. l. 40. pr. ff. de condict. indeb.* Clariss. P. Wex in *Ariadne Carolino-Canonicâ part. 2. fol. 115.*

- 18 Argumentum secundum sic adornatur: fæminæ, quia faciles sunt ad intercedendum, non possunt efficaciter intercedere pro alio; ergò neque in favorem alterius efficaciter renunciare SCto Vellejano, cùm eâdem facilitate induci possent ad renunciandum, quâ inducuntur ad intercedendum. R. Inter renunciationem & intercessionem seu promissionem, apertam dari diversitatis rationem. Nam quandò fæminæ intercedunt pro alio, nihil sibi adimunt, sed solummodò instar alicujus boni patrisfamiliàs promittunt, spe fretæ, fore, ut à reo principali indemnes serventur; in quod proindè faciles sunt, de præsentibus sollicitæ, futurorum incuriosæ. Econtra quando renunciant, agunt aliquid insolitum, & de beneficio suo certioratæ non possunt ignorare periculum, cui se exponunt, adeoque dici non potest, illas ex facilitate quâdam lapsas esse, sed significatur potius earum enixa, constans, & deliberata voluntas intercedendi. *Struv. in evolut. controuv. d. th. 10. n. 4. & Frantz. k. ubi supra.*

- 19 Argumentum tertium sic nectitur: si fæmina instrumeto publico solenniter pro alio intercedat, juvatur SCto *l. 23. §. 2. Cod. ad SC. Vell.* ergo à fortiori juvabitur, si conventionem privatâ SCto renunciet. Sed mox antè data est diversitatis ratio inter renunciationem, & intercessionem. Confer *n. 7.*

- 20 Argumentum quartum deducitur ex *l. 8. §. 1. ff. qui satisfacere cogantur.* Ubi mulier comparatur minori. Atqui minor non potest efficaciter renunciare beneficio restitutionis.

tutionis, cum contra ipsam renunciationem restituatur, ergo nec mulier, R. 1. Mulierem comparari minori saltem in ordine ad idoneam satisfactionem, quam illa prestare non censetur ob exceptionem S^Ci Vellejani, hic vero ob privilegium restitutionis in integrum. Confer *prodrom. Just. lib. 3. tit. 21. §. 4. n. 10. & seq.* R. 2. Neg. minorem, si intelligatur de jurata renunciatione minoris, ut quæ beneficium restitutionis simpliciter excludi, tradunt *Lauterbach ff. de minoribus 25 annis. §. 35. & Carpz. Jurisprud. forens. p. 2. constit. 11. def. 50.* Cæterum patet ex *l. 12. in f. ff. de minoribus 25. annis.* in jure potiore haberi rationem ætatis, quam sexus.

Argumentum quintum format *Ant. Faber apud D. 21 Bassum d. decis. 18. n. 10.* hoc modo: qui renunciare potest exceptioni suæ, fidejussor est idoneus, *l. 7. pr. ff. qui satisfacere cogantur.* At mulier non est idonea ad fidejubendum, *l. 8. §. 1 ff. d. t.* ergo non potest renunciare exceptioni suæ. R. in *d. l. 7. pr.* fidejussorem idoneum haberi, non eum, qui exceptioni suæ potest renunciare, sed qui eidem actu renunciat: agitur enim ibi de forensi, habente forum privilegiatum, qui, licet ipso jure fidejubere possit, pro idoneo fidejussore tamen habendus non est, nisi privilegio fori renunciet. *Brunnemann add. l. 7. n. 1.* Eodem modo mulier non est idonea, quæ fidejubeat, nisi exceptioni suæ renunciet; quemadmodum inhabilis est ad tutelam gerendam, nisi id ipsum præstiterit. In quorum omnium confirmationem ex superabundanti sic licet discurrere: quæcunque mulier scit, se habere beneficium, & nihilominus intercedit, illi non competit S^Ci exceptio *l. 30. pr. ff. ad SC. Vell.* Atqui cum certiorata & satis edocta renunciat suo beneficio, scit, se habere beneficium, & nihilominus intercedit; ergo cum certiorata & satis edocta renunciat suo beneficio, eidem non competit S^Ci exceptio.

22

VI. Cessat hæc exceptio, si fæmina intercessioni suæ juramentum adjecerit. *Haunold d. controuv. 7. n. 138. Lesius lib. 2. de J. & J. cap. 28. dub. 2. n. 17. Zanger d. c. 11. n. 163. Fach. 2. controuv. c. 61. Lauterbach ff. ad SC. Vell. §. 25. Frantz k. ibid. num. 27. & 28. cum pluribus aliis à se relatis.* Tum quia juramentum, non vi, non dolo præstitum, omninò servari debet, nisi redundet in præjudicium alterius, aut vergat in dispendium jurantis. *c. 28. de jurejur. c. 2. eod. in 6. c. 2. de pactis in 6.* Tum quia in *c. 9. de jurejur.* Ubi Abbas quidam cum Petro de octo mille solidis convenerat, ac post personas alias, maritum & uxorem fidejussores dederat, qui juramento adjecto promiserant, quòd summam conventam velint solvere, Alexander III. summus Pontifex rescripsit, juramentum observandum esse. Respondet ad hunc textum *Hunn. in Treutl. vol. 1. disp. 25. th. 4. q. 8. inf.* Jus civile contrariari, & meritò Juri canonico anteferendum esse. At assertum hoc nullibi probat. Aliiter nodum difficultatis solvere conatur *D. Gletle d. c. 10. n. ult.* ubi ait, fæminam in *d. c. 9. SCto* reflexè non renunciâsse, sed saltem juramento adjecto simpliciter promississe, quòd summam promissam velit solvere: quo juramento fæminam ideò obstringi putat, quia objectum respicit legibus permissum, cum fæmina salvâ autoritate SCti pro creditore solvere possit. *l. 5. ff. l. 1. l. 4. Cod. ad SC. Vellejanum.* Sed neque hoc modo in totum sublata videtur difficultas; esto enim Solutio simplex legibus permissa sit mulieri, improbata tamen legitur illa, ad quam obligatur. *d. l. 1. Cod. ad SC. Vell.* Atqui in *d. c. 9. de jurejurando* agitur de solutione promissâ, & quæ in vincula incidit obligationis, consequenter objectum juramenti legibus erat improbatum.

24

Ex personâ creditoris, apud quem mulier pro alio intervenit, cessat SCtum I. ob ejus ignorantiam; si enim creditor ignoret, ex parte mulieris intercessionem subesse, exce-

exceptio hæc denegatur, quia aliàs nemo facilè cum sequiore sexu contraheret; cùm quis probabiliter ignorare possit, quid fæminæ, pecuniâ mutuo acceptâ, acturæ sint. *l. 4. princ. l. 11. l. 12. l. 17. pr. l. 19. §. ult. l. 27. pr. l. 28. §. 1. ff. l. 1. l. 10. Cod. ad SC. Vell.*

Sed hoc ita, si quis initio cum muliere contrahat: tunc enim ex parte creditoris prudenter potest præsumi ignorantia intercessionis. Quòd si verò mulier non contrahat ab initio, sed alienam obligationem in se transferat, creditoris ignorantia non semper erit excusata, sed oportet creditorem diligentius inquirere in qualitatem rei gestæ. *d. l. 17. pr. ff. d. t. Lauterbach ibid. §. 5. Bachov. in Trentl. d. vol. 1. disp. 25. th. 5. lit. D. & E.*

II. Cessat ob creditoris minorennitatem: si enim 25 mulier apud minorem pro alio intercesserit, & ille alius non sit solvendo, SCtum cessat, nè minorennis creditor debito suo defraudetur. *D. Bassus d. decis. 18. n. 7.* ubi tamen erratum fuit in numero, & loco bis citatæ legis 14. ff. de minoribus &c. ponendus numerus 12. cujus textûs *supra n. 5.* memores fuimus.

Ob favorem causæ, pro qua, & in quâ mulier inter- 26 cessit, cessat SCtum l. si mulier intercessit pro dote, quam, siue nudo pacto, siue per stipulationem promiserit,olvere tenetur. *l. 41. pr. ff. de jure dotium. l. ult. Cod. ad SC. Vell.* ubi Imperator Justinianus jus hoc novum sibi adscribit, dum ait, quòd, cùm antiqui juris conditores severitatem legis favore dotium sæpè molliverint, ipse quoque meritò ad hujusmodi venerit sanctionem. Sed sunt, qui Justinianum propterea crimentur, eò quòd ex *l. 12. Cod. d. tit.* appareat, jam olim prudentibus idem placuisse. Ad salvandam igitur Principis fidem, & utriusque textûs veritatem, notandum est, quòd in *d. l. 12.* sermo fiat de solâ matre, quæ pietate mota, dotando filiam, quasi proprium gerit negotium, & ideo cessante prætextu fragilitatis muliebris, juxta

interpretationem prudentum SCto non juvatur. Econtra in *d. l. ult.* decernitur in genere de omni fæminâ, pro dote non tantum se obligante, sed & intercedente, quod SCto Vellejano non juvetur, *Brunnemann ad d. l. ult. n. 4.* & ibi citatus *Petrus Barbosa in l. 1. ff. soluto matrimonio. p. 1. n. 16.*

27

Cæterum existimat Clarissimus *D. Gletle d. cap. 10. n. 5.* & antè ipsum *D. Arnoldus Rath apud P. Haunold d. controuv. 7. n. 132.* memoratam legem *ult. Cod. ad SC. Vell.* adeo generaliter exaudiendam esse, ut fæmina, sive antè matrimonium contractum, sive stante illo, pro dote intercesserit, autoritate SCti cessante, dotem promissamolvere compellatur; tum quia principalis scopus Justiniani fuit, favere doti: tum quia idem Princeps in *cit. l. ult.* absolute statuit, dotem solvendam esse, si pro fæminâ, cum quâ licitum est matrimonium, promissa fuerit. Sed *Haunoldo cit. n. 132.* non minus Probabilis videtur opinio *Antonii Fabri lib. 4. sui Codicis tit. 21. n. 14.* sustinentis, favorem in *sapè cit. l. ult.* concessum respicere solummodo dotem constitutam antè contractum matrimonium. Quod satis colligitur ex formalibus memoratæ constitutionis novæ, ibi: *Neque enim ferendum est, quasi casu fortuito interveniente mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsitan repelli & distrahi matrimonium.* At, si maritus ab initio indotatam duxit, non est illi casus fortuitus, habere uxorem indotatam; neque etiam periculum subest, repellendi uxorem indotatam, cum causa impulsiva matrimonii non deficiat, ubi dos post celebratum matrimonium promittitur. Ergo sanctio Justiniani solummodo procedit de dote, pro quâ fæmina antè contractum matrimonium intercessit. Atque secundam hanc sententiam in supremo Sabaudiaë senatu judicatum fuisse, refert *Antonius Faber cit. loc.* Ad fundamenta oppositæ, & quidem ad I. mum Respondet *Haunold ubi supra*, favores accommodari juxta materiæ exigen-

exigentiam, & cæteris paribus ; hîc autem esse disparem utriusque casûs rationem. Ad II. dum ait, Imperatorem eò ipso satis distinxisse, quòd locutus sit de communiter contingentibus ; communiter autem solet dos antè constitui, quàm contrahatur matrimonium.

Similiter non videtur rectè extendi ad donationem 28 propter nuptias, quod in *d. l. ult.* sancitum est de dote, cum non omnes favores, doti concessi, etiam contradoti concessi sint : alioquin enim contrados æquè esset privilegiata quoad prælationem in hypothecâ, quod nemo dixerit, propter textum in *l. 12. §. 2. ff. qui potiores in pignore &c.* ibi : *hæc autem tantum ad dotem sancimus, non ad antè nuptias donationem, quam suo tempore servire disponimus &c.* *Lauterbach ubi supra §. 25. Haunold d. n. 132. & tr. 10. cap. 9. contr. v. 12. n. 978.*

II. Cessat ob favorem causæ, si mulier intercessit pro 29 pretio manumissionis servi. *l. 24. Cod. ad SC. Vell.* quod favore libertatis receptum ; & rationi contrarium visum fuit, quòd Dominus, qui spe pretii ad manumittendum servum commotus fuit, & quem deinde nunquàm ampliùs in servitutem revocare potest, insuper pretio carere deberet, cum tamen, ut infra *n. ult.* dicemus, in cæteris casibus, debitore per mulierem liberato, creditori adversus eum pristina actio restituatur.

Mulier igitur, ut ex hucusque dictis patet, regulari 30 ter tuta est exceptione Vellejanâ, si pro alio intercessit. Aliud dicendum, si quodcunque aliud negotium celebravit, quod non habet speciem intercessionis, prout illa hîc sumitur, ut si donavit *l. 4. §. 1. l. 21. §. 1. ff. d. tit.* Ratio redditur in *d. l. 4. §. 1.* quia Senatus voluit succurrere mulieri obligatæ, non etiam donanti ; & hoc ideò, quia faciliùs se obligat mulier, quàm alicui donat. Item si seclusâ omni obligatione pro alio solvat. *d. l. 4. §. 1. l. 5. ff. l. 1. §. 4. Cod. d. tit.*

Si pignus acceptum reddat, vel hypothecam in alterius bonis quæsitam remittat. *l. 8. princ. ff. l. 11. l. 21. Cod. eodem.* Ratio horum assignatur ab *Haunoldo d. contro. 7. n. 122.* quia de substantiâ intercessionis, ut hîc sumitur, est I. ut mulier se, suasvè res obliget. II. Ut obligationem illam pro alio contrahat. Sed neutrum horum in prædictis casibus fit, ergò &c.

- 31 Porro, nè privilegium hoc concessum fæminis, cedat in injuriam creditoris, ipsi quoque variè succurritur, & quidem, si mulier alienam obligationem in se suscepit cumulativè, creditor priorem actionem contra debitorem principalem salvam retinet. *l. 1. §. ult. ff. d. t.* Sin veterem obligationem privativè in se transtulit, tunc subductâ personâ mulieris, ejusque intercessione rescissâ, Prætor creditori adversus priorem debitorem, ejusque hæredes ac fidejussores, pristinam actionem restituit; quæ actio indè etiam restitutoria dicitur. *l. 8. §. 7. Et seqq. l. 13. §. ult. l. 16. in f. l. 29. ff. d. t.* Item rescissoria. *l. 16. Cod. eodem.* Quòd si denique, mulier se ab initio ream pro alio constituit, atque ita novam obligationem intercedendo suscepit, Prætor utilem actionem, ex contractu mulieris competentem, creditori adversus illum, pro quo mulier intercessit, concedit; quæ actio à nostris institutoria vocatur. *d. l. 8. §. pen.* ad differentiam actionis institutoriæ, quæ ex contractu, cum institutore secundum præpositionis legem inito, adversus præponentem competit.





QUÆSTIO XI.

Habeátne locum compensatio in re depositâ, aut commodatâ ?

SUMMARIA.

1. *Homonymia compensationis.*
2. *Definitio ejus.*
3. *Adducuntur rationes, propter quas compensatio à jure civili introducta fuit.*
4. *Qui juravit, se soluturum, nec usurum compensatione, eâdem uti non potest.*
5. *Secus, si quis simpliciter jurâisset, se soluturum.*
6. *Explicatur cap. 7. de jurejurando.*
7. *Respondetur ad cap. 6. eodem.*
8. & 9. *Solvuntur duo alia argumenta.*
10. *Compensatio regulariter etiam contra fiscum Reipublicæ procedit.*
11. *Enumerantur casus excepti.*
12. *Alius pro alio non rectè compensat ; & ideo nec procurator in rem alienam : secus dicendum de cessionario.*
13. *Res fungibilis seu quantitas cum quantitate rectè compensatur : species cum quantitate non item.*
14. *Specie utrinque in eodem genere debitâ, procedit compensatio ; secus, si debeatur in diverso.*
15. *Specie utrinque in specie debitâ, vel ex unâ parte debito genere, ex alterâ verò parte debitâ specie, compensatio cessat.*

16. *Quæ omnia in compendio exhibentur.*
17. *Jure novo compensatio indifferenter in actionibus bonæ fidei & stricti juris ipso jure contingit.*
18. *In deposito locum non habet compensatio.*
19. *Esto ex utraque parte aliquid depositum fuerit.*
20. *Diluuntur duæ objectiones.*
21. *Dicta n. 18. intelligenda sunt de casu, quo res fungibilis deposita est, vel quo, specie deposita, & per dolum aut culpam latam perempta, æstimatio ejus debetur à depositario.*
22. *Refutatur sententia & explicatio contraria.*
23. *Referuntur Authores, qui in compensatione impropriam referre putant, utrum debeat aliquid depositario occasione rei depositæ, an ex causa planè diversâ.*
24. *Quorum distinctionem repudiare videtur textus in l. pen. Cod. depositi.*
25. *Non obstantibus juribus in contrarium allatis.*
26. *Commodatum non gaudet privilegio incompensabilitatis.*
27. *Eliditur argumentum depromptum ex l. ult. Cod. de commodato.*
28. *Solvitur argumentum aliud à paritate rationis desumptum.*
29. *Etiam in delictis certo sensu locum habet compensatio.*
30. *In spolio non item.*
31. *Traditur regula, unde cognosci possit, quænam debita sint compensabilia.*
32. *Debitum naturale & civile simul, sed à jure civili simpliciter reprobatum, non admittit compensationem.*
33. *Debitum naturale & civile simul, esto, salva obligatione naturali, per exceptionem elidibile, objectum tamen compensationis constituit.*
34. *Debitum civile inefficax non admittit compensationem, efficax admittit.*

35. *Etiam*

35. *Eriam debitum naturale tantum rectè compensatur cum debito mixto.*
36. *Quo sensu dicatur compensationi locus esse in actione reali.*
37. *Quodnam dicatur debitum liquidum?*
38. *Debitum in diem, aut sub conditione, ante adventum diei, aut existentiam conditionis frustra compensatur.*
39. *De formâ compensationis agitur remissivè.*
40. *Statuitur ejusdem finis.*
41. *Et effectus; quem ut obtineat, debet compensatio in judicio allegari.*
42. *Ad compensationem factam solent consequi illi effectus, qui sequuntur ad veram & naturalem solutionem.*
43. *Allegatio compensationis non est propriè dicta exceptio, potestque antè litem contestatam, nec non in ipsâ executione fieri, ad illam excludendam.*
44. *Resolvitur, quid juris sit, si judex non habeat rationem compensationis à parte allegatæ?*

Compensatio sumitur dupliciter, latè & strictè. Latè pro quâcunque adæquatione quarumcunque rerum. *Eckolt ff. de compensat. §. 1.* quo sensu in societate dicitur fieri compensatio lucri & damni. *§. 2. in f. Inst. de societate.* Item quando creditor volens pro re debitâ accipit aliam æquivalentem, quæ compensatio ab Interpretibus dicitur voluntaria. *l. 6. Cod. de R. V. Hugo Grotius de J. B. & P. lib. 3. cap. 19. n. 15.* Strictè sumitur pro adæquatione debitorum, quâ illa invicem conferuntur, & simul, quatenus mutua sunt, ipso jure tolluntur; quæ compensatio ab Interpretibus dicitur necessaria, & est hujus loci.

Definitur in *l. 1. ff. de compensationibus.* quod sit debiti & crediti inter se contributio. Sensus est: compen-

satio est collatio debiti mutui, ejusdemque quatenus mutuum est, sublatio ipso jure facta.

3 Causa efficiens remota compensationis est jus civile, quod ideo hunc tollendæ obligationis modum introduxit, quia primò nostrà interest, potius non solvere, quàm solutum repetere. *l. 3. ff. d. tit.* Secundò, quia videtur dolo facere, qui petit id, quod mox restitutus est. *l. 8. princ. ff. de doli mali & metus except.* Tertiò, quia hac ratione minuuntur lites, & unius judicii compendio absolvitur, quod alioquin pluribus terminandum esset; quod ita fieri, publicè expedit. *Frantzkius ff. de compensat. n. 5. & 6.*

4 Causa efficiens proxima sunt compensantes. Ubi, si quæras, quanam compensare possint? Respondeo: *debitores mutui, & hi quidem soli.* Dixi I. *Debitores.* Quid autem, si debitor jurasset, se soluturum, an adhuc poterit compensare? *R. I.* Si debitor vel explicitè, vel implicitè, juratò, vel injuratò promisit, se soluturum, nec usum compensatione, tenetur stare promissioni, & non potest compensare. *Molina tr. 2. de J. & J. disp. 560. n. 12. Bechmann ad l. 4. ff. de compensat. n. 23. D. Gletle p. 3. select. quest. cap. 11. n. 2.* Ratio est, quia debitor se ad hoc licitè potuit obligare: ergo, si fecit, tenetur implere promissum. Fuisse autem hanc mentem debitoris, colligi potest ex circumstantiis, ut si creditor, idemque debitor, timens fortè, ne sibi objiceretur compensatio, talem promissionem petiit. *R. II.* Si debitor simpliciter promisit, se soluturum, nihil dicendo, aut cogitando de excludendâ compensatione, & hoc insuper firmavit juramento, potest adhuc compensare. Ratio est, quia, licet juramentum superaddat novum vinculum, nempe religionis; non obligat tamen ad novum objectum, sed solùm confirmat promissionem substratam, proindeque duntaxat ad id obligat, quod est objectum promissionis: atqui simplex promissio solvendi non excludit com-

compensationem, cum etiam, qui compensat, verè solvat. *l. 4. Cod. de compensationibus. l. 4. ff. qui potiores in pignore &c. l. 20. §. 2. ff. de statu liberis.* ergo neque jurata excludet: juramentum enim intelligendum est de solvendo eo modo, quo jura solutionem admittunt. *Molina d. n. 12.* dicens, hoc procedere non solum, si debitum compensandum contractum sit post obligationem juramento firmatam, sed etiam, si contractum sit antè illam obligationem. Idem sentiunt *Ferdinand. de Castro Palao. operis moralis part. 7. tr. 32. disp. 1. puncto 16. §. 2. n. 17. Fachin. 1. controuv. cap. 7. Zoëf. ff. de compensat. n. 19.* Econtra *Svendendörffer ad Eckolt. ff. de compensat. §. f. in verb. quaritur, an cesset? Struv. exercit. ad Pand. 21. th. 27. & ibi Myller. Lauterbach ff. d. tit. §. 6. D. Fleck in Bibliotheca juris civilis. lib. 3. tit. 59. n. 33.* putant, si jam tempore juramenti adfuit mutuum debitum, verisimiliter censi posse (quod intelligo pro foro externo, ubi in memoratis circumstantiis præsumitur, jurantem de nullatenus opponendâ compensatione cogitasse *Clariss. D. Collega Woller tr. de compensat. cap. 2. n. 21.*) renunciatum esse compensationi.

Argumenta contraria, ut sententiam nostram plenè propugnemus, sequenti ordine lubet diffibulare. Ob- jicitur itaque primò textus in *cap. 7. de jurejurando.* ubi, cum quidam P. pro certâ pecuniæ summâ possessiones & redditus à debitoribus loco pignoris recepisset, juramento eos adstringens, quòd nullum ei gravamen inferrent, donec solverent; Archi-Episcopus Rothomagensis verò dictum P. licèt sorte, ex possessionibus, deductis expensis, necdum receptâ, excommunicasset, Alexander III. Summus Pontifex, re ad se delatâ, jussit eundem P. præstitâ sufficienti cautione absolvi; debitores verò, propter possessiones & redditus contra juramentum substractos, ad restituendum ecclesiasticâ censurâ compelli, donec eidem pecunia persolvatur,

quâ persolutâ si eundem P. aliquid ultra sortem, deductis expensis, recepisse constiterit, idque restituere noluerit, eâdem excommunicationis sententiâ præcipit innodari. Ex quo textu *P. Wagnereck* ita argumentatur: mutuatarii, jurantes, quòd pecuniam priùs actualiter velint solvere, antequàm ratione pignoris aliquid moverent, fuerunt in *d. c. 7.* obligati actu solvere, neque licuit ex fructibus perceptis sortem, vel partem ejus deducere, sicque compensationem facere: ergò juramentum est observandum in formâ specificâ, seu ut jacet, neque sufficit, illud adimplere in effectu. R. in

opposito textu non agi de solutione præcisè faciendâ, & compensatione excludendâ, sed solum de vindicatione pignoris antè solutionem factam, quam vindicationem debitores immeritò fecerant, antequàm pecuniam mutuo acceptam solvissent, cum fructus ex pignore percepti quantitatem illam, deductis expensis, nondum æquâssent, prout constat ex verbis *memorati capituli*: ibi: *licet autem de possessionibus illis & redditibus nondum sortem, deductis expensis, receperit &c.*

Tantum igitur abest, ut citata constitutio sententiæ nostræ refragetur, ut eidem potius egregiè suffragetur: quod facile sequenti discursu evincitur; esto debitores vi juramenti res creditori P. oppignoratas apud ipsum relinquere teneantur, donec solverint; si tamen creditor P. tantundem ex fructibus rerum oppignoratarum, deductis expensis, percepit, quantum sibi ratione sortis debetur, censentur debitores solvisse. *d. cap. 7.* Ergo sufficit juramentum adimplere in effectu, seu jusjurandum de solvendo adimpletur per fructuum imputationem in sortem.

Neque obstant formalia citati loci: ibi: *Cum autem ei pecuniam, sicut juraverunt, solverint &c.* nam, ut optimè advertit *Molina d. disp. 560. n. 13.* sensus illorum verborum est iste: cum persolverint ei pecuniam, nullo antè integre solutam gravamine in pignore illato, sicut nullum ei

grava-

gravamen inferre juraverunt, quem sensum nisi adversarii admittere velint, cogentur admittere, textum magis favere nostræ opinioni, quia in eo culpatur perfidia debitorum, qui antè solutionem debiti vel realem, vel eam, quæ fit imputando fructus, pignus contra juramenti religionem repetere voluerunt. Confer *Struv. in evolut. controv. d. th. 27. vers. obtinet. Zoës. ubi supra. n. 20. Fach. d. c. 7. Castro Palao cit. loc.*

Objicitur secundò *cap. 6. de jurejurando.* ubi dicitur, quòd, si adjecto juramento usuras spondeam, esto ex promissione non tenear, juramentum tamen in formâ specificâ adimplere cogar: ergo etiam, si me soluturum juravi, in formâ specificâ adimplere cogor juramentum. R. neg. conseq. dum in *d. cap. 6.* usuræ sub juramento dicuntur promissæ, & in se solvendæ, non erat aliud, quod in communi loquendi usu promitti aut solvi intelligeretur vel intenderetur, quàm usuræ ipsæ in se. Econtra compensatio juxta communem loquendi usum, & ex ipsa juris dispositione est vera solutio, proindèque juramentum in formâ specificâ servari videtur, quandò factâ legitimâ compensatione impletur, quod solvi aut impleri promissum est; quemadmodum etiam in casu *dicti cap. 6.* non obstante juramento compensatio admittenda foret, si fortè mutuans aliquid aliud deberet mutuario, in quo compensatio promissarum usurarum fieri posset. *Molina ubi supra num. 14. Zoës. d. num. 20.*

Objicitur tertio: adversus debitum ex deposito opponi non potest compensatio, ut ipsi infra *n. 18.* dicturi sumus, propter maximam fidem, quam depositarius deponenti servare tenetur: atqui strictior & excellentior fides debetur DEO Optimo Maximo, qui mediante juramento in testem solutionis adductus est, ergo neque adversus debitum ex juramento compensatio opponi potest. R. I. à debito

debito ex deposito hîc malè argumentum duci ad debitum ex juramento, quia jura ob specialem rationem infra *eadem* n. 18. & n. 28. assignandam specialiter disposuerunt, nè compensatio in deposito vices solutionis subiret; quod cum in obligatione juratâ cautum non fuerit, relinquitur debitum illud primordiali suæ naturæ, quæ est, quod compensatio eidem objici possit. R. II. Strictiorem fidem deberi

DEO in suâ materiâ, non extra; cum igitur materiæ debiti jurati per compensationem, ut supra n. 5. probatum dedimus, fiat satis, rectè dicitur, eâ non obstante fidem juramenti strictissimè servatam fuisse.

- 9 Objicitur quartò : acceptilatio hæredis, cui à legatario dandum erat, non facit, ut legatarius conditioni de dando satisfecisse censeatur. l. 45. ff. de condit. & demonstrat. Ergo neque compensatio debiti, quod debitor solvere juravit, facit, ut debitor iurijurando de solvendo satisfecisse videatur, R. I. Neg. conseq. acceptilatio est ficta duntaxat & imaginaria solutio, juxta à nobis tradita ad lib. 3. Instit. tit. ult. part. 2. n. 1. Econtra compensatio est vera solutio, per dicta & docta superiùs. Quòd si fortassè cum Zoësio ff. de compensat. n. 20. & de condit. & demonstrat. n. 36. contra Brunnemann ad. d. l. 45. & Lauterbach ff. de compensat. §. 6. in casu dictæ l. 45. ff. de condit. & demonstrat. nè quidem compensationem admittere allubescat; R. II. Conditionem ibi positam pendere ex merâ dispositione testatoris, qui respexit specificam ejus rei, quam dare jussit, domini translationem, quâ agnosceretur ipsius voluntas, & quæ per compensationem non suppletur, quia hæc obligationem extinguit sine ullius rei interventu. At verò, qui solvere juravit, verè solvit, dum compensat. l. 4. Cod. de compensat.

- 10 Dixi II. *Mutui*. Hoc est, reciproci, quales sunt, qui sibi invicem simul creditores ac debitores sunt. Neque

que refert, cujus sexûs, ætatis, aut conditionis sint : nam & mares, & fæminæ, rectè compensant ; & puberes, & impuberes. *l. ult. Cod. de contrario judicio tutelæ.* Et publicæ, & privatæ personæ : quin & contra civitatem, & contra fiscum Reipublicæ regulariter compensatio procedit. *l. 3. Cod. de compensat. l. 46. §. 5. ff. de jure fisci.* Dico, regulariter : casus exceptos adducit *Lauterbach ff. de compensat. §. 7. & 8.* Estque primus, si unus diversas stationes fiscales v.g. præfecturam & quæsturam, licèt in uno loco administret : nam debitor præfecturæ nequit compensare, quod eidem debetur ex quæsturâ, nè confusio fiat diversorum officiorum. *l. 1. Cod. d. tit.* Quòd si præfatus debitor debitum ex quæsturâ docere possit, quamprimùm recipiet, quod eidem debetur. *d. l. 1. inf.* Neque officit textus in *l. 36 ff. de administrat. & peric. tut.* Nam, ut benè notat *Brunnemann ibid.* Divisio tutelæ inter duos tutores non est juris, cum jure uterque in solidum teneatur ; sed est jurisdictionis, & modum saltem administrationis facit : econtra officia fiscalia seu stationes fiscales ab initio in administratione fisci jure dividuntur. Secundus casus est, si quis ex calendario sive codice rationum, in quo pecuniæ creditæ continentur, ad pecuniam mutuam restituendam conveniatur. *l. 3. Cod. de compensat. & ibi Brunnemann n. 2.* ubi rationem reddit, quia in pecuniâ nervus Reipublicæ consistit. Tertius est, si quid debeatur ex vectigalibus, quæ penduntur nomine rerum venalium, puta, mercium, & aliarum rerum, quæ in. & evehuntur *d. l. 3.* Quartus est, si quis debitor sit fisci vel Reipublicæ ex frumenti vel olei publici pecuniâ, hoc est, ex frumento vel oleo, aut horum loco pecuniâ, quæ annonæ causâ debetur, in die Korn. oder Proviant. Häuser / quo nomine veniunt res omnes ad victum pertinentes. *d. l. 3. Hahn ad Wesenbec. ff. d. t. n. 10. in verb. casus, in quibus compensatio non admittitur.* Non obstante textu in *l. 17. ff. d. t.*

ut ubi ædilis non erat debitor aut curator rei frumentariæ vel annonariæ, sed saltem annonam, à curatore rei frumentariæ redactam, arctiùs præbuit. Quintus casus est, si ex

causâ tributorum aliquid debeat, *wegen Steuer / Schoß und Schätzung*. Neque refert, ratione personarum tributa solvantur, an ratione rerum. *d. l. 3. Cod. de compensat. d. l. 46. §. 5. ff. de jure fisci. Hahn d. n. 10.* ubi ad propositum

affert responsum Facultatis Juliæ, seu Helmstädiensis. Sextus est, si quis sit debitor alimentorum civitatis, quæ nimirum publicè præstari solent in Xenodochiis, Orphanotrophiis, Prochotrophiis, Nosocomiis, Brephotrophiis &c. *d. l. 3.* ob notissimum videlicet, & generalem favorem ali-

mentorum. Septimus est, si quis debeat pecuniam, quæ statutis sumptibus publicè faciendis inservit, v. g. ut Magistratibus, Consiliariis, Professoribus &c. stipendia & salaria solvantur. *d. l. 3.* Octavus est, si debeatur fidei-

commisum civitati relictum. *d. l. 3.* Ob concurrentem & Reipublicæ, & ultimæ voluntatis favorem. Nonus denique est, si quis debeat pretium rei à fisco venditæ. *l. 7. Cod. ff. de compensat. & d. l. 46. §. 5. ff. de jure fisci.* Ratio-

nem adducit *Lauterbach d. §. 8. inf.* quia res fiscales, maximè immobiles, non solent alienari, nisi urgente ne-

cessitate.

12 Dixi III. *Et hi quidem soli.* Nam alius pro alio non rectè compensat. *l. 16. princ. l. 18. §. 1. ff. l. 9. Cod. de compensat.*

Sic maritus non rectè deducit in compensationem, quod ejus creditor debet uxori suæ, & vice versâ. Item

principalis debitor non rectè deducit in compensationem, quod ejus creditor debet fidejussori suo. *Eckolt ff. d. t. §. 2.*

quamvis fidejussor id, quod creditor reo principali debet, etiam invito debitore, compensare possit. *l. 4. ff. d. t. & ibi*

Brunnemann. n. 1. Rationem differentię assignat *D. Fleck d. tit. 59. n. 24.* quia fidejussor non ex propriâ, & per se sub-

sisten.

sistente, sed potiùs ex rei obligatione convenitur, adeoque exceptionem hanc realem utique obmovere potest. Rur-
sus pater non rectè deducit in compensationem, quod ejus
creditor debet filio suo emancipato, & econtra. Item
procurator in rem alienam non rectè deducit in compensa-
tionem, quod Domino principali debet creditor procura-
toris, seu procurator, nomine proprio conventus, non po-
test objicere compensationem illius, quod ipsi, tanquàm al-
terius procuratori, ab actore debetur; quemadmodùm
procurator proprio nomine agens pati non tenetur, ut con-
ventus in compensationem deducat, quod Dominus prin-
cipalis debet debitori procuratoris. *Lauterbach ubi supra §.*
11. D. Woller d. c. 2. n. 39. & 3. seqq. Aliud dicendum de
procuratore in rem suam, seu cessionario, qui ob proprium
debitum conventus à debitore cesso, rectè hoc compensat
cum debito cesso. *l. 18. princ. ff. d. t.* Ratio est, quia cesso-
narius in effectù reputatur pro domino, ipsòve creditore.
l. 13. §. 1. ff. de pactis. l. 9. Cod. de procuratoribus. Confer *Brun-*
nemann ad d. l. 18. Svendendorffer ad Eckolt d. §. 2. in verb.
num autem cessionario. Lauterbach d. §. 11. Struv. d. exercit.
21. th. 25. n. 6.

Objectum compensationis sunt debita, mutua, li- 13
quida, & pura.

Dixi I. *debita.* Debetur autem vel factum, vel res
aliqua. Quod factum attinet, facti ad factum nulla com-
pensatio est. *Zanger de except. part. 3. cap. 8. n. 123.* Res
quod spectat, interest, an debeatur res fungibilis seu quanti-
tas, an verò species aut corpus. Si utrinque debentur res
fungibiles, ejusdem generis, qualitatis, & bonitatis, com-
pensatio procedit. Ita Doctores uno ore. Unde

Colligitur I. rectè compensari pecuniam cum pecu-
niâ, vinum cum vino, vetus cum veteri, Austriacum cum
Austriaco &c. Econtra non rectè compensari pecu-

niam cum vino, vinum cum oleo, vinum vetus cum novo, album cum rubro, dulce cum acido, Austriacum cum Tyrolensi, &c. Ratio est, quia illa res tantum potest cum alterâ compensari, cujus solutionem creditor etiam invitus cogitur admittere pro re debitâ. Econtra cujus solutionem non ita tenetur admittere, ea etiam non rectè compensatur cum re debitâ. Ratio hujus ulterior est, quia compensatio ex dispositione juris est vera solutio; aliud autem pro alio, invito creditori solvi nequit. *l. 2. §. 1. ff. de R.C. D. Glet. le d. cap. II. n. 4.*

Colligitur II. Non rectè compensari quantitatem debitam cum specie debitâ, v. g. pecuniam ex unâ parte debitam, cum equo ex alterâ parte debito, ob rationem jam dictam. Unde etiam eum, qui debet ducatos vel taleros in specie, non posse compensare cum illo, quod ipsi alter debet in monetâ corrente, anno 1624. responderunt Lipsienses apud *Bechmann ad l. 4. ff. de compensat. observat. pract. 8. num. 32.*

¶ 4 Quòd si utrinque debetur species, vel corpus, interest, an debeat in eodem genere, an in diverso. Si prius, procedit compensatio; secus, si posterius. *Svendendorffer ad Eckolt d. §. 2. in verb. Speciei ad speciem.* Ubi rationem reddit ex *l. 37. pr. ff. de legat. 1.* quia, ubi species utrinque debetur in eodem genere, ibi utraque species est ejusdem æstimationis, cum utrinque mediocris solvi possit. *Molina d. disp. 560. n. 19. Haunold de J. & J. tr. 8. cap. 2. controuv. 4. §. 2. n. 160.* & est communis Doctorum, teste *Zoëzio*, qui tamen *ff. de compensat. n. 14.* cum *Antonio Perez*, in *Cod. ibid. n. 14.* dissentit, eò quòd genera debita veniant certificanda per solutionem certarum specierum sub illo genere contentarum.

Sed motivum hoc removet *Lauterbach ff. d. t. §. 16* dicens, hoc etiam in quantitibus verum esse, absque eo, quòd in iisdem impediatur compensatio; in quâ non respiciendum
ad

ad casum solutionis factæ, sed obligationis generalis adhuc existentis. Unde

Infertur, equum in genere debitum ex unâ parte, rectè compensari cum equo itidem in genere debito ex alterâ parte, non etiam equum cum bove, licèt uterque in genere debitus sit.

Quòd si utrinque debetur species, sed in specie, vel 15
ex unâ parte genus, ex alterâ verò species, compensatio cessat. Unde

Infertur, non rectè compensari equum bucephalum ex unâ parte debitum, cum equo Pegaso ex alterâ parte debito: item nec equum Pegasum ex unâ parte debitum, cum equo ex parte alterâ in genere debito, ob rationem jam antè allatam, quia scilicet aliud pro alio invito creditori solvi nequit. *l. 99. ff. de solutionibus.*

Compendiosius fortè res, objectum compensatio- 16
nis constituentes, sequenti distinctione expediri possunt. Refert nimirum, an utrinque debeatur quantitas, num species; utrùm verò illinc quantitas, isthinc species? si utrinque debetur quantitas, interest, an debeatur in eodem genere, qualitate, & bonitate? & compensatio locum habet; an verò in diverso genere, vel qualitate, aut bonitate? & compensatio cessat. Si utrinque debetur species, interest, an debeatur in specie, an in genere? si primum, compensatio cessat. Si secundum, ulterius interest, an debeatur in eodem genere? & compensatio procedit; an verò in diverso? & compensatio deficit. Quòd si denique ex unâ parte debetur quantitas, ex alterâ verò species, compensatio itidem cessat.

Dixi II. *mutua*. Nec refert I. unde debita sint, ex 17
conventionem, an ex delicto; &, si ex conventionem, an ex pacto, vel contractu; &, si ex contractu, an ex vero, vel quasi tali, an ex bonæ fidei, vel stricti juris. *l. 4. l. 21. ff. l. 4. Cod. de*

compensationibus. Quibus tamen textibus generalitatem suam adimere conatur *Bechmann ff. d. t. n. 19.* propter textum in §. 30. *Inst. de act.* ibi : *sed & in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci oppositâ doli mali exceptione, compensatio inducebatur.* Unde sciendum, olim speciale fuisse in actionibus bonæ fidei, ut compensatio in illis admitteretur ipso jure, hoc est, si quis contra alterum instituit actionem bonæ fidei, v. g. actionem ex vendito vel locato ad 50. florenos, & judex scivit, quòd actor reo vicissim v. g. 20. florenos debeat, potuit reum, compensatis illis 20. florenis, in reliquum condemnare, non obstante solidâ actoris petitione. Idem cum propter angustos suos terminos fieri non potuerit in judiciis stricti Juris, Imperator Marcus saltem hoc effecit, ut in actionibus stricti juris, oppositâ doli mali exceptione, compensatio fuerit admissa. Remansit itaque ex rescripto D. Marci inter actiones bonæ fidei & stricti juris hoc discrimen, quòd in illis compensatio locum habuerit ipso jure, sine facto hominis, seu, esto reus exceptionem compensationis non opposuerit; in his verò non aliter, nisi ope exceptionis, quam proinde si reus opponere neglexit, poterat judex, esto gnarus, compensationi locum esse, reum tamen salvo processu in totam summam condemnare. Planè jure novo Imperator Justinianus in *l. ult. princ. Cod. de compensat.* discrimen hoc sustulit, statuitque, ut compensatio fieret ipso jure indifferenter in omnibus actionibus, sive essent bonæ fidei, sive stricti juris. Ad quam constitutionem se refert citatus §. phus 30. *Inst. de act.* ibi : *sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introducit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque &c.* *Harp. add. §. 30. n. 2. Manz. ibid. n. 3. & seqq. Duarenus ad tit. de compensat. p. m. 993. 994. colum. 1. & pag. 995. colum. 2.*

est, ea, cæteris paribus, compensari posse. Excipitur debitum ex deposito, quod nempe debetur deponenti à depositario, & ab hoc directâ depositi actione peti potest: hoc enim cum illo debito, quod deponens vicissim debet depositario, compensari nequit. §. 30. *Inst. de act. l. ult. §. 1. circa f. Cod. de compensat. l. pen. Cod. depositi.* Ratio redditur in *d. §. 30. inf.* nè sub prætextu compensationis depositarum rerum exactione quis defraudetur. & in *d. l. pen.* nè contractus, qui ex bonâ fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Sensus est, nè admissâ compensatione in deposito, detur occasio perfidiæ, in illo exuberantissimæ bonæ fidei contractu.

Quin etsi ex utrâque parte aliquid depositum fuerit, compensatio cessat, & tenetur quilibet depositarius penes se depositum absque morâ reddere depositori reposcenti. *d. l. pen. princ. vers. sed & si. Cod. depositi. Haunold d. §. 2. n. 161. & tr. 10. cap. 8. contr. 8. n. 849. Palao d. §. 2. n. 12.* Neque 20 obstat I. quòd in pari causâ melior sit conditio possidentis *l. 128. ff. de R. J.* Nam ratione præventionis cessat paritas causæ, estque melior conditio actoris. Neque obstat II. quòd privilegiatus contra pariter privilegiatum non gaudeat privilegio. Negatur enim, quòd reus conventus privilegium habeat in deposito actoris, quamvis id habeat in suo deposito apud actorem; contra quod tamen actor non tendit, repetendo suum depositum.

Cæterùm dicta intelligi debent de compensatione 21 strictè dictâ, quando nempe vel res fungibilis deposita est, vel specie, seu re depositâ, per dolum aut culpam latam peremptâ, æstimatio ejus debetur à depositario: nam ubi ipsa res deposita in specie venit reddenda, ibi compensatio ex alio capite cessat, puta, ob incompensabilitatem objecti. *Hunn. in Treutl. vol. 1. disp. 25. th. 7. q. 13. Haunold d. contr. 8. n. 848. Eckolt ff. de compensat. §. 4. n. 1. Brunnemann ad d. l. ult. Cod. d. t. n. 10. Zanger de except. part. 3. cap. 8. n. 118.*

Clariff. D. Woller prelaudato tr. de compensat. cap. 3. n. 93. 94.
 22 175. 178. 183. 184. § 188. Dissentit *Clariff. D. Gletle d. c.*
 11. n. 6. dicens, compensationem propriam in re depositâ per
 se loquendo locum non habere, nisi fortè casus incidat, ut
 pro re depositâ præstari debeat æstimatio: tunc enim, ait,
 rectè opponitur compensatio; quia hæc toties admittitur,
 quoties hinc inde debetur quantitas. Sed stante tanti
 viri sententiâ, non videmus cum *Clariff. D. Collega Woller d.*
 n. 175. quale foret quoad compensationem strictè dictam
 extraordinarium depositi privilegium; cum exemptio à
 compensatione in quâcunque aliâ actione, ubi de re in specie
 adhuc exstante agitur, obtineat per dicta à nobis supra n. 15.
 § 16. Præterea compensationis favore dignus non est deposi-
 tarius, qui dolo aut culpâ latâ rem depositâ amisit. *D. Woller*
d. n. 184. Imò in contrariâ sententiâ ansa porrigeretur, res de-
 positas clam intervertendi, ut creditores depositarii hoc præ-
 textu commodis compensationis frui possent, contra eni-
 xam voluntatem Imperatoris. *Prelaudatus Vir d. cap. 3.*
num. 188.

23 Compensationem impropriad seu retentionem rei
 quod attinet, distinguunt *Vinn. lib. 1. select. quæst. cap. 51.*
Struv. d. exercit. 21. th. 23. § cum his *D. Gletle d. c. 11. n. 6.*
 ubi referre existimant, utrùm depositario aliquid debeatur
 occasione rei depositæ, fortè quòd in hanc in ecessarias im-
 pensas fecerit; an verò debeatur ex causâ planè diversâ, for-
 tè quòd inter deponentem & depositarium contractus mu-
 tui intercesserit? priore casu admittunt in deposito com-
 pensationem impropriad, tum propter textum in *l. 18. §. ult.*
ff. commodati. ubi *JC. Cajus* generaliter asserit, quod con-
 trario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto judi-
 cio, quo cum eo agitur, salvum haberi posse jure pensatio-
 nis. Tum propter textum in *l. 15. §. 2. ff. de furtis.* ubi *JC.*
Paulus ait, impensas necessarias partem quasi rei constitue-
 re,

re, ac jus velut pignoris impendenti tribuere. Econtra posteriore casu dicunt, exceptionem doli mali non rectè opponi, sed rem protinus reddi debere, ac id, quod vicissim debetur, judicio proprio reposci, propter textus supra n. 18. adductos.

Sed satis probabile est (sunt verba *Illustrissimi DD.* ²⁴ *Cassari Schmid ad statut. Bavar. tit. 18. art. 1. n. 25.*) exceptionem retentionis propter expensas quascunque de jure communi (de jure bavarico enim *d. art. 1.* depositario propter expensas necessarias in rem depositam factas exceptio retentionis competit) contra actionem depositi non admitti. Quam sententiam non sine ratione probabiliorum judicavit *D. Arnoldus Rath* apud cit. *Illustriss. DD. Schmid.* n. 24. & juri communi conformiorem, ac apud RR. magis receptam testatur *Haunold. d. tr. 10. cap. 8. contr. 9. n. 850.* ubi eandem efficaciter probat per textum in *d. l. pen. Cod. depositi.* ibi in pr. *si quis vel pecunias, vel res quasdam, per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illicò modis omnibus compellatur, NB. nullamque compensationem vel deductionem, vel doli exceptionem opponat &c.* Unde sic licet discurrere: si depositarius haberet jus retinendi prætextu expensarum, tunc hanc retentionem defendere deberet exceptione doli, hoc est, deberet excipere, alterum dolo repetere depositum, si nolit expensasolvere. At qui hæc exceptio expressè rejicitur ab Imperatore Justiniano in *d. l. pen.* ubi non distinguitur, sustineátne depositarius rem depositam retinere ob debitum ex causâ planè diversâ, an occasione rei depositæ natum: ergo depositarius nullum jus habet, titulo expensarum denegandi restitutionem depositi.

Ad jura contraria, & quidem ad textum in *l. 18. §. ult.* ²⁵ *ff. commodati.* R. A regulâ ibidem contentâ per posterius jus in §. 30. *Inst. de act. & cit. l. pen. Cod. depositi.* excipi depositum.

litum. Ad textum verò in *d. l. 15. §. 2. ff. de furtis.* R. cum *Haunold. d. tr. 10. cap. 7. controuv. 6. n. 742. inf.* cum non minùs, ac textum in *l. 59. ff. eod.* loqui de solâ actione commodati, quam eodem privilegio incompensabilitatis non gaudere cum actione depositi, patebit statim.

- 26 De commodato igitur hîc commodè dubitatur, an privilegium incompensabilitatis in eo quoque locum habeat? R. cum *Panormitano apud Molinam tr. 2. de J. & J. disp. 297. n. 9. Hunn. in Treutl. d. thesi. 7. quæst. 16. Bechmann ff. de compensat. n. 20. Eckolt ff. ibid. §. 4. n. 5. ac Clarissimo D. Woller d. c. 3. n. 75. & seqq.* Negativè, arg. *d. §. 30. ibi: exceptâ solâ depositi actione. Inst. de act. & d. l. ult. §. 1. ibi: exceptâ actione depositi. Cod. de compensat.* Ecce! in his textibus ex ordine contractuum excipitur solum depositum, tanquàm incompensabile: ergo reliqui contractus manent sub regulâ & dispositione juris cõmunis, quæ est, quod inde debita cæteris paribus, sint compensabilia. *dd. textibus.* Confirmatur: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis: ergo commodatum manet sub communi juris regulâ; cùm nuspiam legatur exceptum.

- 27 Qui commodatum eadem cum deposito in ordine ad incompensabilitatis privilegium metiuntur decempe-
dâ, ut faciunt *Molina d. disp. 297. n. 10. D. Gletle d. cap. 11. n. 6. & s.* Objiciunt I. textum in *l. ult. Cod. de commodato.* Ubi dicitur, quòd prætenu debiti restitutio commodati non probabiliter recusetur: ergo commodatarius tenetur restituere commodatum, esto commodator sibi vicissim aliquid debeat, consequenter compensatio in commodato cessat. Textui opposito congruenter satisfieri non posse, putat *Molina d. n. 10.* Sed facilè R. in *d. l. ult.* commodatarium dici improbabiler recusare restitutionem commodati, non ob reciprocum debitum commodatoris, quasi commodatum æquè, ac depositum, privilegiatum sit
quoad

quoad compensationem ; sed ideo , quia per se loquendo solent commodari species , quarum ad quantitatem debitam compensatio non procedit, ex dictis supra *n. 15. & 16.* de hoc proinde commodato, utpotè ordinario, supponit *d. lex ult.* non de extraordinario, in quo juxta à nobis scripta *lib. 3. Inst. tit. 15. part. 2. §. 6. num. 7.* res fungibiles ostentationis gratiâ interveniunt.

Quòd si igitur de hoc rariore casu loquamur , vel in commodato ordinario res commodata periisset apud commodatarium, sive dolo, sive culpâ , ut adeò ipse teneatur ad æstimationem ejus, tunc, si commodatorem sibi vicissim habet obligatum debito aliquo compensabili, compensatio procedit. Confer *Hannold d. tr. 10. cap. 7. n. 739. Lauterbach ff. de compensat. §. 22. Hahn ad Wesenbec. ff. ibid. n. 10. Zoës. ff. commodati. n. 22. & seq. Clariss. D. Woller d. c. 3. n. 93. & 94.*

Objiciunt II. in deposito non datur locus compensationi : atqui est par , imò major ratio in commodato ; ergo neque in commodato locus dabitur compensationi, minorem probant : in deposito perfidia est ratio denegandi, & nè sub prætextu compensationis Domini deposito defraudentur : hæc ratio etiam procedit in commodato , & præterea est major ratio , cur commodatario denegetur ; nam commodatarius accipit beneficium ; depositarius nullum accipit , sed confert : ergo si alterutri esset deneganda compensatio, potius commodatario , quàm depositario deneganda esset. *R. I. privilegia* , quibus utique privilegium incompensabilitatis rectè annumeratur, nè quidem ob majoritatem rationis extendi debere de casu ad casum, privilegio non expressum. Neque enim sequitur : Imperator huic indulsit privilegium ; ergo & alteri, pari aut majori causâ nitenti : sed id saltem inferre liceret, quòd etiam alteri conferre potuisset , si voluisset. *Carpzov. J. F. p. 2. const. 12. def. 13. n. 6. Tabor in thesauro locorum communium*

lib. 14. cap. 33. axiom. I. R. II. cum *Clariss. D. Collega Woller d. c. 3. num. 194.* primam & primariam rationem, cur Imperator deposito eximiam ab omni compensatione immunitatem largitus fuerit, consistere in singulari hujus bonæ fidei contractus naturâ, quæ in eo sita est, quòd in nullo contractu minus juris in alterum transferatur, & ab altero plus sibi reservetur, quàm in deposito, ubi in depositarium regulariter nulla planè utendi, retinendivè facultas transfertur, sed liberrima semper repetendi facultas sibi à deponente reservatur. Econtra in commodato non solùm transfertur utendi facultas, ita ut non, nisi finito usu, commodanti repetitio concedatur, sed insuper commodanti vi contractus præstatur damnum, etiam culpâ levissimâ à commodatario illatum: vid. *prodrom. Just. ad lib. 3. Instit. tit. 15. part. 2. §. 9. n. 10. & 32.* Unde mirum videri non debet, quod commodatario in materiâ compensationis compensetur id, in quo respectu culpæ præstandæ est deterioris conditionis, quàm depositarius, qui saltem dolum & culpam latam præstat, ac præterea commodatatem utendi re depositâ, à deponente nunquàm accepit. Atque hanc primariam, ut insinuavimus, esse rationem, patet ex sæpè cit. *l. pen. Cod. depositi*, ibi: *cùm non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa ei retentio generetur.* Rationem autem perfidiæ esse potiùs secundariam, innuunt verba statim sequentia: ibi: *§ contractus, qui ex bonâ fide oritur, ad perfidiam retrahatur.*

- 29 Quod porrò attinet debita ex delicto, interest I. An ex delicto agatur civiliter, num criminaliter? II. An delicta sint paria, nec nè? si ex delicto agitur civiliter aut pecuniariè, compensatio procedit. Item si delicta sint privata & paria. *l. 36. ff. de dolo malo. l. 38. §. 2. ff. de noxal. act. l. 10. princ. & §. 2. ff. de compensat. c. ult. de adulteriis.* ubi sermo est de poenâ civili adulterii. Secus, si ex delicto agitur crimi-

criminaliter, sive ad vindictam publicam, aut si delicta sint imparia. *l. 2. § 4. l. 13. § 5. ff. ad l. Jul. de adult. Sanchez lib. 10. de matrim. disp. 6. & aliquot seqq.* ubi latè agit de compensatione mutui adulterii conjugum. *Lauterbach ubi supra. §. 21. Eckolt. ff. de compensat. §. 3. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 25. th. 9. lit. D.* ubi de delictis in ordine ad compensationem sic discurret: objectum compensationis non sunt delicta, nisi quatenus aut ex iis pecuniariè agitur, vel quatenus utrinque sunt paria, & hætenus compensatione tolluntur, ut neutri actio detur, idque ubi de solo interesse partium tractatur, & ampliùs, ut verbum compensationis paulò latius, & aliquantùm abusivè, nec satis accommodatè ad hunc tractatum usurpetur. Hunc *Bachovii* discursum *Clarissimus D. Woller d. c. 3. à n. 100. usque ad n. 136. inclusivè,* more suo fusissimè illustrat.

Planè ex spolio debitum non est compensabile cum debito spoliati, cum hic antè omnia debeat restitui. *l. ult. inf. Cod. de compensat. l. 7. Cod. ad l. Jul. de vi publicâ. l. un. Cod. si de momentaneâ possess. fuerit appellatum. l. pen. ff. de vi & vi armatâ. cap. 5. de restitut. spoliatorum. Lauterbach d. §. 21. inf.*

Nec refert II. Qualia debita sint, quæ compensantur, naturalia tantùm, an verò naturalia & civilia simul; nam & quod naturâ debetur, in compensationem rectè venit. *l. 6. ff. de compensat.* imò universim omne illud debitum est compensabile, quod solutum non potest repeti per conditionem indebiti. Econtra quod solutum potest repeti, in compensationem inutiliter deducitur: vel, ut *JC. Javolenus* tradit in *l. 14. ff. d. t.* Quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt; intellige, per talem exceptionem, quæ ideo competit, quia vel naturalis obligatio omnino deficit, vel saltem à jure civili reprobata est, ut est exceptio pacti de non petendo, *SCti*

Vellejani &c. Nam si exceptio perpetua competit, naturali obligatione, quæ subest, non reprobata, tunc, sicut solutum non potest repeti, ita etiam necdum solutum rectè potest deduci in compensationem. *d. l. 6.* Undè

32 Colligitur I. Debitum ex obligatione naturali & civili simul, sed quæ utraque à jure civili simpliciter reprobata est, ut est debitum ex intercessione mulieris. *l. 16. inf. ff. ad SC. Vell.* in compensationem non venire, arg. *l. 40. pr. ff. de condict. indebiti.* Confer *D. Gletle p. 3. select. quæst. cap. 12. n. 3. & nos quæst. immediate præced. n. 8.*

33 Colligitur II. Debitum ex obligatione naturali & civili simul, sed ubi obligatio civilis potest elidi per exceptionem, salvâ manente obligatione naturali, ut est debitum à debitore injustè absoluto, rectè deduci in compensationem. *Vinnius lib. 1. select. quæst. cap. 49. pag. m. 320. & 321. Lauterbach ff. de compensat. §. 19. D. Gletle d. c. 12. n. 2. inf. Brunnemann ad l. 60. ff. de condict. indebiti. n. 1. qui tamen ad l. 2. Cod. de compensat. n. 3. videtur à se ipso dissentire.*

34 Colligitur III. Debitum ex obligatione civili tantum, sed inefficaci, ut est debitum ex obligatione litterarum, juxta scripta à nobis *lib. 3. Inst. tit. 14. part. 1. §. 6. num. 8.* in compensationem non venire; secus, si est debitum ex obligatione merè civili, sed hoc jure efficaci, ut est debitum à debitore injustè condemnato: hoc enim non solutum potest compensari, quia solutum non potest repeti. *D. Woller d. c. 3. n. 18. & seqq.* At verò solutum compensari nequit, si fortè is, cui solutum est, postea ex aliâ causâ petat debitum à debitore illo injustè condemnato. *l. 2. Cod. de compensat. & ibi Brunnemann n. 1. & 2. Lauterbach ubi supra. Vinn. d. c. 49. pag. m. 321. Svendendorffer ad Eckolt ff. d. t. §. 2. in verb. non obstante l. 2. Cod. eod. Hahn ad Wesenbec. ff. ibid. n. 10. in verb. casus, in quibus compensatio non admittitur.*

35 Nec refert III. An debita compensabilia sint ejusdem

dem rationis, num diversæ ; nam & debitum naturale cum naturali compensari potest, & debitum mixtum cum mixto ; qui duo articuli difficultate carent. Addo : & debitum naturale tantum rectè compensatur cum debito mixto, tum per *l. 6. ff. de compensat.* quæ generaliter admittit compensationem ejus, quod naturâ debetur, non distinguendo, sitne id, cum quo compensatur, debitum ejusdem generis, an diversi ; tum quia non potest afferri ulla idonea ratio, cur debita diversæ rationis, modò aliàs per se sint compensabilia, non debeant invicem posse compensari. *Palao d. punct. 16. §. 2. n. 9. Haunold d. tract. 8. n. 158. Vinn. d. cap. 49. Struv. d. exercit. 21. th. 16. & in evolut. controuv. ibid.* qui etiam respondet ad argumenta contraria. Dissentit *Perez in Cod. de compensat. num. 8. & Mæstert. tract. de compensat. quæst. 13.*

Nec refert IV. Debita illa mutua procedant ex jure 36 personali seu obligatione, an verò debita sint occasione juris realis, puta, quando in actione reali, re fortè peremptâ, æstimatio venit præstanda : compensationes enim jure novo in omnibus actionibus obtinent, siue sint reales, siue personales, siue bonæ fidei, siue stricti juris, modò ubique adsit materia compensabilis, hoc est, quantitas utrinque debita, ejusdem generis, qualitatis, & bonitatis. §. 30. *Inst. de act. l. ult. pr. Cod. de compensat. Eckolt ff. ibid. §. 3. D. Gletle d. cap. 11. n. 4. D. Woller d. cap. 3. ubi à n. 81. usque ad n. 88. inclusivè per exempla demonstrat compensationem in actionibus realibus.*

Dixi III. *Liquida.* Debitum enim, quod in com- 37 pensationem deducitur, debet utrinque esse certum ac liquidum, siquidem liquidum cum illiquido nulla compensatio est. *d. §. 30. Inst. de act. ibi : quæ jure aperto nituntur &c. d. l. ult. §. 1. Cod. de compensat. Bechmann ff. ibid. n. 31.* Dicitur autem debitum liquidum, de quo constat, quid, quale,

quantumque sit, vel ex confessione adversarii, vel ex re judicata, vel ex genere quæstionis. *Vinn. lib. 1. select. quæst. cap. 50. pag. m. 326.* vel etiam ex celeri probatione. *d. l. ult. §. 1. ibi : sed possit judici facilem exitum sui prestare. Cod. de compensat.* quæ probatio, si compensatio fisco objicitur, intra duos menses expediri debet. *l. 46. §. 4. ff. de jure fisci.* Si aliis, intra tempus arbitrio judicis determinandum. *arg. l. 1. §. 2. ff. de jure delib. Molina d. disp. 560. n. 17. Carpzov. p. 1. J. F. constit. 8. def. 13. n. 2. Struv. d. exercit. 21. th. 20. Lauterbach ubi supra §. 23. D. Fleck d. tit. 59. n. 19.* Planè per hoc solum, quòd debitum litigiosum sit, & à creditore in judicium deductum, compensatio non impeditur. *l. 8. ff. de compensat.* Ratio est, quia deductio debiti in judicium, debitum aliàs per se liquidum, non reddit illiquidum. *Hahn ad Wesenbec. ff. d. tit. n. 7. in princip. Lauterbach d. §. 23.* in cuius fine tamen ait, quòd, etsi causa, ex quâ compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis mutuum debitum per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiri debeat. *arg. d. l. ult. §. 1. Cod. de compensat.* Ubi Justinianus illas saltem compensationes debiti non liquidi rejicit, quæ à parte jam penè convictâ opponuntur. Cui sententiæ etiam subscribit *Vinnius d. cap. 50. p. m. 325.* non tantum in casu, ubi reus confitetur debitum, ob quod ab actore convenitur, sed etiam, si simpliciter inficietur, addat tamen, in omnem eventum, non deesse sibi vicissim debitum, quo sibi actor obstringatur.

38

Dixi IV. *Et pura.* Unde excluditur primò debitum in diem : quod enim sic debetur, non rectè compensatur ante adventum diei. *l. 7. pr. ff. d. t.* Ratio est, quia debitor in diem certum antè adventum diei non tenetur invitus solvere : ergo nec admittere compensationem, cum compensare sit solvere. Excipitur I. nisi dies creditoris gratiâ adjectus sit obligationi, quo casu compensatio est ad-

mitten-

mittenda, invito etiam debitore. *Carpzov. d. constit. 8. def. 4. n. ult.*

Excipitur II. nisi tempus ad solvendum humanitatis tantum gratia debitori datum sit. *l. 16. inf. ff. d. t. Palao d. n. 9. Duarenus de compensat. pag. m. 993. colum. 2.*

Secundò, & à fortiori excluditur debitum sub conditione: quod enim sic debetur, antè existentiam conditionis frustra compensatur.

Ratio est, quia antè illam necdum est debitum, sed tantum spes, debitum iri. *§. 4. Inst. de V. O.* quod autem necdum debitum est, sicut non est materia apta solutionis, ita nec compensationis. *Lauterbach ubi supra §. 22.*

Struv. d. exercit. 21. th. 21. Planè loci adjectio non impedit compensationem, modò tempus, quod tacitè inest, præterlapsum sit, & ratio habeatur ejus, quod interest debitoris, solutionem potius loco convento fieri. *l. 15. ff. de compensat. Struv. d. th. 21. Duarenus ad tit. de compensat. pag. m. 994. colum. 1.*

Forma compensationis intelligitur satis ex definitione ejus superius n. 2. tradita. 39

Finis est minuere lites, & evitare ambages. 40

Effectus est extinctio debiti mutui, quatenus mutuum est, ipso jure. *d. §. 30. Inst. de act. l. 4. l. 10. pr. l. 21. ff. l. 4. l. ult. princ. Cod. de compensat.* Sensus est: quando creditor debitori suo vicissim incipit aliquid debere, tunc statim ab illo momento, quo incipit mutuum debitum esse, utrumque debitum, quatenus mutuum est, de jure habetur pro soluto, seu perinde habetur, acsi verè & naturaliter solutum esset, ita ut ad hunc effectum inducendum non requiratur ullum factum hominis, puta, allegatio compensationis; sed hæc tantum ideo necessaria est, ut judici, qui utique hoc divinare nequit, de mutuo debito constare, isque proinde rationem compensationis in judicando habere possit. *Struv. d. exercit. 21. th. 26. Lauterbach ubi supra §. 25.*

§ 26. *D. Gletle d. cap. 11. num. ult. D. Woller sæpè allegato tr. de compensat. cap. 4. n. 15. § 31.* Unde

42 Sequitur I. statim ab illo puncto temporis, quo compensatio à jure inducitur, sisti cursum usurarum quantitatis hinc inde compensatæ. *l. 11. § 12. ff. l. 4. Cod. de compensat. l. 7. Cod. de solut. tolli pignora. l. 12. Cod. de compensat. liberari fidejussores. l. 4. ff. eod. Duarenus ad tit. de compensat. pag. m. 995. colum. 2. cessare moram, itemque obligationem poenæ. Lauterbach d. §. 25. D. Fleck d. tit. 59. n. 5. & universim ad compensationem factam solere consequi illos effectus, qui sequuntur ad veram & naturalem solutionem: fictio enim imitatur naturam, & tantum operatur in casu ficto, quantum veritas in casu vero.*

43 Sequitur II. Allegationem compensationis non esse veram, & propriè dictam exceptionem, cum non tendat ad elidendam actionem, ipso jure adhuc competentem, sed tantum ad excludendam intentionem ejus, qui actionem, ipso jure jam extinctam, solum defacto instituit. Hinc potest compensatio etiam ante litem contestatam allegari, ad impediendum litis ingressum; item in ipsâ executione, ad illam excludendam. *l. 2. Cod. d. t. Gail. 2. obs. 17. num. 10. Carpzov. d. constit. 8. def. 6. Lauterbach d. §. 26. Bechmann ff. de compensat. num. 33. D. Woller d. cap. 4. num. 52. § seqq.*

44 Sed quid, si judex non habeat rationem compensationis, à parte allegatæ? R. Tunc interesse, an ideo non habeat, quia deficit aliqua conditio compensationis, puta, puritas, vel liquiditas debiti, an verò, quasi non existente reciproco debito, eandem reprobaverit? si prius; reus jus salvum retinet, nec ipsi, eo nomine in alio judicio agenti, obstat exceptio rei judicatæ. *l. 7. §. 1. ff. de compensat. si posterius; nocebit reo dicta exceptio. d. textu. Bocerius class. 4. disp. ult. th. 89. Struv. d. exercit. 21. th. 29. Duarenus ad tit.*

*tit. de compensat. pag. m. 996. colum. i. Clariss. D. Collega Wol-
ler d. c. 4. n. 62. & seqq. qui n. 84. authores etiam practicos,
hoc ipsum suis testimoniis firmantes, adducit, & n. 86. cum
Carpzovio d. const. 8. def. 5. ac Lauterbach ubi supra §. 27.
inf. monet, ut judex cautè hâc in parte pronunciet, nè me-
moratos duos casus confundat.*



QUÆSTIO XII.

An merces, libri studiosorum, res mi-
norum, alienæ, nummi, in prædium
urbanum illati, pro pensione & dete-
rioratione domûs tacito pignori te-
neantur ? item an illa quoque, quæ
in prædium rusticum fuerunt illata,
citrà specialem conventionem pro
locario, & damnis in prædio condu-
cto datis, pignori nexa intelligen-
tur ?

SUMMARIA.

1. *Pignus pro jure reali acceptum describitur.*
2. *Scinditur in generale & speciale.*
3. *Divellitur in privilegiarium & simplex.*
4. *Dispecitur in privatum & publicum.*

5. & 6. Explicatur pignus legale mixtum, & adducuntur ejusdem species.
7. Merces, ab inquilino in prædium conductum illata, censetur locatori tacitâ conventionem obligata.
8. Ratio, quâ alii in contrarium moventur, rejicitur.
9. Adducuntur Authores unacum suis argumentis, quibus volunt, librariam studiosorum suppellectilem à lege taciti pignoris immunem esse.
10. Referuntur Authores probantes contrarium.
11. Cui sententia cum temperamento quodam subscribitur.
12. Circa quæstionem, an res, à minore sine curatoris consensu in prædium urbanum illata, pro pensione & deterioratione domûs pignori teneantur? triplex occurrit sententia.
13. Nos affirmativam firmamus solidis fundamentis.
14. Et satisfacimus objectioni Jacobi Wissenbach.
15. Res aliena, ab inquilino in domum conductam illata, sine omni consensu Domini, locatori tacitè pignori obligatæ non sunt.
16. Neque ad hoc sufficit sola scientia & patientia Domini.
17. Numos in prædium conductum illatos tacitè obligari, sub distinctione censet Schneidewinus.
18. Nos indistinctè censemus.
19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. & 27. Econtra in prædium rusticam illata, citra specialem conventionem pro locario, & damno, in prædio conducto dato, pignori nexa non intelliguntur.
28. 29. 30. 31. 32. 33. & 34. Diluuntur argumenta contraria.

Pignus trifariam accipi, dixi lib. 3. Inst. tit. 15. parte 4. §. 3. n. 4. & quidem secundò pro jure reali, quo sensu hîc sumitur, ac à Bachov. tr. de pign. lib. 1. cap. 2. rectè

etè describitur, quòd sit jus creditori pro securitate debiti in re constitutum.

Dividitur variè I. in generale, & speciale. 2
Generale est, quod constituitur in universitate quâdam bonorum.
Speciale, quod constituitur in re quâdam singulari, vel in rebus pluribus, certis tamen ac determinatis.

II. Dividitur in privilegiarium, & simplex. 3
Privilegiarium est, quod annexum habet privilegium prælationis.
Simplex, quod privilegio hoc caret.

III. Scinditur in privatum, & publicum. 4
Privatum est, quod constituitur autoritate privatâ.
Publicum, quod constituitur autoritate publicâ.
Pignus privatum est vel testamentarium, vel conventionale.
Testamentarium dicitur, quod constituitur ultimâ voluntate. *l. 26 pr. ff. de pign. act.*
Conventionale, quod vel contractu pignoratitio, vel nudâ conventionem constituitur. *l. 1. ff. d. t. §. ult. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio.*

Pignus publicum constituitur vel ab homine, vel ab ipsâ lege.
Quod constituitur ab homine, est vel prætorium, vel judiciale.

Prætorium est, quod antè litis contestationem ex primo decreto prætoris constituitur per missionem in possessionem bonorum. *d. l. 26. §. un. l. 1. l. 2. Cod. de prætorio pignore &c.*

Pignus judiciale est, quod sententiæ exsequendæ gratiâ constituitur. *l. 2. l. 3. Cod. qui potiores in pignore &c.*

Differt pignus prætorium à judiciali potissimum in eo, quòd illud creditori non tribuat possessionem, sed nudam detentionem & custodiam. *l. 10. §. 1. ff. de acq. vel amit. possess.*

Istud verò eidem tribuat possessionem, & quidem talem, qualem accipit, si ex causâ contractûs pignoratitii res ipsi tradatur.

Pignus legale est, quod immediatè constituitur à lege.

Abit in legale purum, & mixtum.

Legale purum est, ad cujus constitutionem sola legis dispositio concurret.

Quæ hypothecæ huc pertineant, tradunt

digestistæ ad *lib. 20. tit. 2. in quibus causis pignus vel hypotheca*
 5 *tacitè contrahitur.* Ad propositas quæstiones magis pertinet
 explicatio pignoris legalis mixti, quod est, ad cuius consti-
 tutionem præter dispositionem legis concurrit factum ho-
 minis. Tale est I. quod creditor, ad restitutionem æ-
 dificii mutuans, habet in illo ipso ædificio, ad quod restitu-
 endum credidit, sive deinde ipsi Domino, sive operis redem-
 ptori pecunias dederit, *l. 1. ff. d. tit. Manz. in centur. decis.*
palatin. decad. 1. q. 5. n. 41. Ratio consistit in decore publi-
 co: publicè enim interest, integris ædificiis depositis publi-
 6 cum urbis aspectum non deformari. *l. 2. Cod. de ædificiis pri-*
vatis. Tale est II. quod locator prædii urbani in rebus
 ab inquilino illatis obtinet, *l. 4. ff. de pactis. l. 3. 4. & 6. ff. in*
quibus causis pignus &c. Est pignus hoc legale mixtum,
 quia partim conventionem, partim potestate legis constitui-
 tur. Et quidem conventionem, quatenus factum hominis,
 seu actuale illationem essentialiter prærequirit: potestate
 legis verò, quia actuali illationi lex specialiter assistit, con-
 ventionem indè eliciens, ac mediante illâ pignus produciens.
 Circa hoc nunc

7 Quæritur I. An merces, ab inquilino in prædium
 conductum illatæ, censeantur locatori tacitâ conventionem
 obligatæ? R. affirmativè. Ratio est, quia, licet ea sit
 conditio mercium, ut distrahantur; quoniam tamen in
 locum distractarum aliæ identidem surrogantur, censeantur
 & ipsæ eo animo in prædium conductum inferri, ut ibi de-
 inceps sint, licet non in specie, at saltem in genere. Suffra-
 gantur opinioni huic duo textus. Primus est in *l. 13. princ.*
ff. de pign. ubi JC. Marcianus ait, quod grege pignori obli-
 gato, si capita quædam decedant, & alia dein comparentur,
 vel agnascantur, hæc pignori teneantur: ergo etiam ut lo-
 catori prædii urbani cautum sit, si mercator conductor
 merces alias vendat, alias substituat, & in domum condu-
 ctam

Etiam importet, hæ locatori denuò obligatæ erunt. Textus alter est in *l. 34. pr. ff. d. t.* ubi Scævola disertè dicit, quòd tabernâ oppignoratâ merces distractis primis surrogatæ, ac tempore mortui debitoris inventæ, pignori obligatæ intelligantur: ergò libera mercium distrahibilitas non facit, quòd minùs eæ in prædium conductum illatæ, saltem in genere censerì debeant tacitâ conventionè oppignoratæ. Erunt itaque spectandæ, quæ tempore solvendæ pensionis exstabunt. *Harp. ad §. 4. Inst. quibus modis re contrah. oblig. n. 27. & seq. Lauterbach disp. de tacito pignore cap. 2. th. 41. Richter de jure & privileg. creditorum cap. 4. sect. 1. n. 129. Meyrer tract. de pign. lib. 1. tit. 18. n. 27. Mynsing ad §. 7. Inst. de act. n. 16. Schneidevv. ibid. n. 38. & seq.* ubi sententiam hanc æquiozem dicit.

Dissentiunt *Negusantius de pign. p. 2. memb. 4. n. 153.* 8
& *Haunold de J. & J. tr. 10. cap. 4. contr. 19. n. 556.* eâ moti ratione, quòd merces in domum conductam non inferantur hac intentione, ut ibi deinceps maneant, sed ut vendantur. Cui tamen rationi jam satisfacimus, dum diximus, quòd, esto merces non inferantur eâ intentione, ut in domo maneant in specie, inferantur tamen, ut maneant in genere: ergò in genere saltem erunt obligatæ.

Quæritur II. Afficiantur ne jure taciti pignoris libri 9
studiosorum, quos intulerunt in ædes conductas? Monet *Haunoldus ubi supra n. 558. in f.* consuetudinem in hac re attendendam esse; testaturque praxin alicubi habere, quòd libri studiosorum de fugâ suspectorum retineantur seclusâ autem ejusmodi consuetudine quid pronuncian-
dum? *Harp. ad d. §. 4. Inst. quibus modis re contrah. oblig. n. 32. & ad d. §. 7. Inst. de act. n. 18. & seqq. Bocerius class. 2. disp. 12. th. 56. Bachov. d. lib. 1. c. 11. n. 3. & in Trentl. vol. 2. disp. 1. th. 4. lit. B. & C. in verb. aliud in libris studiosorum &c. Lauterbach d. th. 41.* Librariam studiosorum supellectilem

à lege taciti pignoris immunem volunt, quorum argumēta sunt ferè sequentia. Primum : instrumenta ad agriculturam necessaria à nullo creditore pignoris causâ occupari possunt. *l. 7. § 8. Cod. quæ res pignori &c.* nè agricultura, Reipublicæ & toti humano generi saluberrima, impediatur. Ergò neque locator potest libros, tanquàm instrumenta, quibus mens necessariò colitur, juxtà illud :

Haurit aquam cribro, qui discere vult sine libro? Studio ad studia, sine quibus Respublica consistere nequit, feliciter continuanda destinatos pignoris causâ occupare.

Alterum : studiosi debent posse in loco, ubi studiorum causâ commorantur, securè habitare, *auth. habitâ. Cod. nè filius pro patre &c.* At parùm securè habitant, si libri eorum ex solâ inductione in habitationem conductam pignori obligantur, & à plebeis hominibus sub prætextu debitæ pensionis non solùm retineri, sed & distrahi possunt : ergo pignori non obligantur. Tertium : jura vigilantibus scripta sunt. *l. 24. in f. ff. quæ in fraudem creditorum &c.* Et imputet sibi locator, quòd de expressâ hypothecâ sibi non prospexerit.

Quantum : in hypothecâ generali non continentur ea, quæ non est verosimile, quemquàm fuisse specialiter obligaturum. *l. 6. 7. § 8. ff. de pignoribus &c.* Atqui hypotheca rerum illatarum imitatur naturam hypothecæ generalis, & non est verosimile, studiosum libros suos specialiter fuisse obligaturum : ergò libri hypothecâ rerum illatarum non continentur.

10 Contrarium defendunt *Struvius exercit. ad pand. 26. th. 16. n. 3. § in evolut. contro. ibid. Wissenbach disp. ad pand. 9. th. 17. Hunn. in Treutl. vol. 1. disp. 6. q. 18. Vinn. tract. de pactis. cap. 12. n. 9.* ubi tradit, hoc in omnibus ferè Academiis hodie observari. Probant breviter ex *l. 4. pr. ff. de pactis.* Ubi absolutè & universaliter dispositum legitur, quòd in urbanas habitationes illata locatori intelligantur oppignorata;

ta : neque textus occurrit, qui excipiat libros studiosorum; Ergò isti quoque intelliguntur esse pignori.

Ego cum *Christophoro Philippo Richter d. sect. 1. n. 135.* II
temperamentum adhibeo, ac ab onere taciti pignoris libros studiosorum liberos quidem pronuncio, sed eo demum casu, quo bona alia suppetunt, quibus indemnitati locatoris possit consuli. Quòd si bona alia deficient, omnisque cesset solutio, ad librorum distractionem sine omni injuriâ deveniri posse, censeo. Hoc quotidie praticari, & libros studiosorum arrestari ac detineri, donec satisfaciant ædium Dominis ratione mercedis pro habitatione conventâ, testis est *Carpzov. part. 2. Jurisprud. forens. constit. 25. def. 20. n. ult.* Idem testatur *Matthias Colerus de processibus executivis p. 2. cap. 3. n. 148. & seq.* Ubi etiam rei hujus causam adducit, dicens, quòd hodie Scholares, plerumque magis commensationibus, nocturnis grassationibus, & discursationibus, quàm studiis invigilando; & sumptus ad discendum necessarios ipsis transmissos turpiter prodigendo, suis se privilegiis indignos reddant. Undè & *Joannem de Ligna* scriptum reliquisse refert, quòd Scholares, etiam qui visitant scholas, & tamen non attendunt, nec student, non gaudeant privilegiis Scholarium, Hæc *Colerus* cum *Cholerâ.* Confer *Joan. Zanger de quæst. & torturis cap. 1. num. 87.*

Quæritur III. An res, à minore sine curatoris consensu in prædium urbanum illatæ, pro pensione & deterioratione domûs pignori teneantur? 12

Tres circà præsentem quæstionem invenio sententias. Prima affirmat. Ita *Negusant. ubi supra n. 154. Bocerius d. disp. 12. th. 57.* dicens, sententiam hanc communem & veriore esse. *Hunn. in Treutl. d. disp. 6. q. 19. Gail. 2. obs. 83. n. 9. & 10. Harp. ad d. §. 4. n. 36. & seq.* Ubi opinionem suam omnium æquissimam & receptissimam ait, *Wissenbach*

bach disp. ad pand. 39. th. 19. & alii ab his relati. Secunda negat. Ita *Zoës. ff. in quibus causis pignus &c. n. 3. Bach. d. cap. 11. n. 2. Lauterbach d. disp. de tacito pignore th. 41. Menoch. remed. 3. de adipisc. possess. n. 82. & alii.* Tertia distinguit, ac referre existimat, utrum minor ex contractu locationis evaserit ditior, hoc est, utiliter rem conduxerit, nec nè? priore casu admittit tacitum pignus: posteriore non etiam. Ita post *Cynum & Sichardum Georg. Adamus Struv. d. th. 16. & in evol. contr. ibid.*

- 13 Apud nos secunda primas obtinet. Probatur I. ex §. 2. *Inst. quibus alienare licet, vel non. l. 3. Cod. de integ. restit. min. l. ult. Cod. de rebus alien. non alienandis. l. 22. Cod. de administr. tut. tt. Cod. de prædiis & aliis rebus minorum &c.* In quibus locis universaliter statutum legitur, quod minor solus facto proprio conditionem suam deteriore reddere non possit, nec ullam rem sine curatore suo aut alienare, aut oppignorare. At, si res à minore sine curatoris consensu in prædium urbanum illata, pro pensione & deterioratione domûs tenerentur pignori, tunc posset minor solus facto proprio conditionem suam deteriore reddere, posset sine curatore suo rem oppignorare: ergò res à minore sine curatoris consensu in prædium urbanum illata, pro pensione & deterioratione domûs pignori non tenentur. Major est certa. Minor probatur ex *l. 4. ff. de pactis. & l. 6. ff. in quibus causis pignus &c.* Ubi habetur, quod hypotheca, quæ locatori in rebus illatis constituitur, ex facto illationis, sive potius ex præsumptâ conventionem, quam lex ex facto illationis elicit, principaliter oriatur, consequenter non tam legalis, quàm conventionalis sit. Ergò si res à minore, sine curatoris consensu in prædium urbanum illata, pro pensione & deterioratione Domûs tenerentur pignori, posset minor solus facto proprio conditionem suam deteriore reddere, posset sine curatore suo rem oppignorare. Pro-
batur

batur II. quotiescunque lex inducit hypothecam in bonis minorum, solet id apertis verbis exprimere: sic bona minoris, rem à fisco ementis, pro residuo pretii specialiter obligantur in *l. 2. ff. de rebus eorum, qui sub tutela* &c. Esto in *l. 2. Cod. in quibus causis pignus* &c. generaliter definitum sit, bona ejus, qui cum fisco contrahit, sine speciali expressione, pignoris titulo obligari.

Similiter res, à minore empta pecuniis alterius minoris, huic obligata dicitur specialiter in *l. 3. pr. ff. de rebus eorum, qui sub tut.* &c. Quamvis ex *l. 7. princ. ff. qui potiores in pignore* &c. generaliter notum sit, quòd minores & pupilli in re pecuniis suis emptâ tacitam hypothecam habeant. Ergò cum lex nullibi expressim dicat, quòd res, à minore sine curatoris consensu in prædium urbanū illatæ, pro pensione & deterioratione domūs teneantur pignori, nō tenentur, licet in *d. l. 4. ff. de pact.* generaliter definiatur, res in prædiū urbanū in vectas locatori obligatas esse.

Objicies cum *Jacobo Wissenbach*: pignus legale majorum juxtà & minorum res pariter afficit: sed pignus, quod inhæret rebus in prædium urbanum illatis, est legale, cum vi ac potestate legis constituatur. Ergò etiam res minoris afficiet. *R.* distinguendo majorem, pignus purè legale majorum juxtà & minorum res pariter afficit, esto, pignus mixtum, & quod potius est conventionale, quàm legale, majorum juxtà & minorum res pariter afficit, nego majorem. Sed pignus, quod inhæret rebus in prædium urbanum illatis, est legale mixtum, concedo,, est purè legale, nego minorem & consequentiam.

Quæritur IV. An res alienæ, ab inquilinò in domum conductam illatæ, locatori tacitè pignori sint obligatæ? *R.* Sine omni consensu Domini obligatas non esse. Nam in quibus rebus expressa oppignoratio consistere non potest, in illis etiam tacita hypotheca locum non habet *arg. l. 1. Cod. quæ res pignori* &c. Atqui res alienas sine omni con-

sensu Domini, expressâ conventionem obligari non posse, constat ex l. 6. inf. Cod. si aliena res pignori data sit. & fusè demonstratum est d. lib. 3. mearum Inst. tit. 15. p. 4. n. 16. & 17. Ergo &c.

- 16 Sed qualis consensus Domini requiritur ad hoc, ut res sua in domum, ab alio conductam, illata tacitè pignori sit obligata? *Negusantius ubi supra n. 152. & Meyrer d. tit. 18. n. 16. & seq.* existimant, solam scientiam & patientiam Domini sufficere. Ast æquior, & de jure verior sententia sustinet, tunc solùm sciente Domino illata jure taciti pignoris affici, quandò Dominus conscius in fraudem locatoris permisit res suas inferri, ut illis deceptus locator, arbitratus, eas esse conductoris, & consequenter sibi oppignoratas, mercedis solutionem suo tempore non urgeret. *arg. l. 5. Cod. ad SC. Vell. & l. 2. Cod. si aliena res pignori &c. ac ibi Brunnemann. Richter d. sect. 1. n. 133. Harp. ad d. §. 4. Inst. quibus modis re contr. obl. n. 42. Schneidevvin. ad §. 7. Inst. de act. n. 46. Haunold. d. controuv. 19. n. 557.*

- 17 Quæritur V. Utrùm numi, in prædium conductum illati, tacitè obligentur? *Schneidevvinus ubi supra n. 40.* distinguit inter pecuniam subsidiariam, seu quæ reconditur tanquàm thesaurus, & illam, quæ destinata est ad quotidianum usum. Pecuniam prioris generis in prædium conductum illatam tacitè obligari admittit: posterioris generis autem negat, eo ex capite, quia non habetur ad hoc, ut retineatur, sed ut expendatur. Verùm ut conformitas sit doctrinæ *suprà n. 7. & seq.* à nobis traditæ, utriusque generis pecunias locatori tacitè obligari contendimus cum *Joan. Harp. ad §. 4. supra cit. n. 39.* Argumentum ducimus à mercibus, quas in domum conductam in vectas tacitè pro pensione obligari diximus. Quamvis enim species mercium vendantur, aliæ tamen atque aliæ substituuntur, quæ denuò pignore tacito obstrictæ tenentur:

tur : ergò etiam, licet pecuniæ expendantur, quia tamen expensis succedunt aliæ, pecuniæ in domum conductam illatæ non quidem in specie, in genere tamen tenebuntur pignore tacito obstrictæ. Adhæc numi indistinctè continentur sub pignore generali. *l. 34. §. ult. ff. de pign. l. 7. §. un. ff. qui potiores in pign.* ergò etiam sub tacito, cum hoc sit ferè generale quoddam pignus. *arg. l. 6. §. 2. Cod. de secundis nuptiis.*

Quæritur VI. Utrùm illa quoque, quæ in prædium 19 rusticum fuerunt illata, citrà specialem conventionem pro locario, & damno in prædio conducto dato, intelligantur pignori nexa ? *Bechmann ad l. 4. princ. ff. in quibus causis pignus &c.* Sententiam affirmativam & negativam inter se committit, ac eductis utrinque argumentorum copiis, lectori relinquit, quam veriore judicet. *Menochius verò de adipisc. possess. remed. 3. n. 36. Bachov. d. cap. 11. n. 4. Harp. ad d. §. 4. n. 18. & ad §. 7. Inst. de act. n. 3. cum seqq. D. Bassus p. m. semicent. 1. contr. 12. Lauterbach ubi supra th. 40. in f.* simpliciter negant, & in patrocinium causæ suæ adducunt primò textum in *d. l. 4. pr. ff. in quibus causis pignus* 20 &c. Ubi JC. Neratius in hæc verba : *eo jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacitè convenerit, in rusticis prædiis contrà observatur.* Ex quo textu sic discurrunt : prædia urbana rusticis in eo opponuntur, quòd illata in illa tacitâ conventionem censeantur pignori nexa, non item illata in hæc : ergò prædia urbana & rustica quoad causam taciti pignoris inter se differunt. Neque dicas cum *Mantica de tacit. & ambig. 21 convent. lib. 11. tit. 15. n. 8. Hunn. in Treutl. vol. 1. disp. 6. q. 20. vol. 2. disp. 1. th. 4. lit. A. B. C. D. & var. resolut. lib. 3. tr. 3. part. 5. q. 3. Mol. de J. & J. tr. 2. disp. 497. nu. 3. Richter d. sect. 1. n. 122. & 127. Negusant. ubi supra n. 145. Meyrer d. tit. 18. n. 23. Schneidevino ad d. §. 7. Inst. de act. n. 15. & 28.*

ac aliis ab his relatis, prædia urbana differre quidem à rusticis quoad causam taciti pignoris, sed in eo duntaxat, quòd in illis nuda illatio jus pignoris operetur : in his verò insuper scientia Domini requiratur. Non, inquam, ita dicas : esto enim hæc tua sententia teste ipsomet contrarium sentiente *Menochio ubi supra n. 34. § 42.* magis recepta, & juxtà *Brunnemannum ad l. 2. § duas seqq. ff. d. tit. num. ult.* tanquàm communis practicum, & usu quotidiano observata, in praxi amplectenda sit ; fundamentum tamen theoreticorum eadem non enervatur : quia, si differentia solum in eo consistat, quòd in prædiis urbanis nuda illatio, in rusticis verò insuper scientia Domini requiratur, evidenter sequitur, inter prædia urbana & rustica quoad causam taciti pignoris non intercedere differentiam, quam intercedere voluit Neratius : sequitur enim evidenter, etiam illata in habitationes rusticas censerì debere pignori nexa, quasi id tacitè convenerit : at etiam illata in habitationes rusticas censerì debere pignori nexa, quasi id tacitè convenerit, est apertè contrà Neratium, qui in *d. l. 4.* dicit, in prædiis rusticis contrà observari, hoc est, illata non credi esse pignori, quasi id tacitè convenerit : ergò si differentia solum in eo consistat, quòd in prædiis urbanis nuda illatio, in rusticis verò insuper scientia Domini requiratur, evidenter sequitur, inter prædia urbana & rustica quoad causam taciti pignoris non intercedere differentiam, quam intercedere voluit Neratius. Deindè quæro ex præcitatis practicum, quænam sit diversitatis ratio, quòd in prædiis urbanis nuda illatio jus pignoris operetur, in rusticis autem insuper scientia Domini requiratur ? Respondebunt cum *Schneidevino* & *Philippo Richter ubi supra*, rationem diversitatis consistere in eo, quòd rustici plerumque inferant aratra, ligones, plaustra, ligna, jumenta, pecora, & similia cultui agrorum deputata, quæ Dominus facillè videre potest, cum
non

non possint ita occultari, & sancta rusticitas omnia palam habeat.

Econtra inquilini, quia in civitate nutriti, plerumque homines sunt versuti, & in occultandis bonis versati, nolentes videri pauperes, nè vilescant, vel haberi divites, nè patefiant invidiæ.

Sed non est ad rem hæc diversitatis ratio, ut ex quâ sequeretur, instrumenta rustica objectum pignoris constituere, quod tamen nec ipse Schneidevvinus ad §. ult. *Inst. quibus modis re contrah. obl. num. 12.* admittit, nec alius admittere potest, ob textus claros memorato titulo *Institutionum parte 4. §. 6. n. 10.* à nobis adductos.

Secundò allegant pro se Alexandrum & Pomponium, quorum prior in *l. 3. Cod. in quibus causis pignus &c.* rescribit, & posterior in *l. 7. princ. ff. eodem.* respondet, quòd in prædiis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, fundi Domino tacitè intelligantur oppignorati, etiamsi nominatim id non convenerit: ergò per argumentum à sensu contrario deductum, aliæ res citrà specialem conventionem Domino non intelliguntur oppignoratæ; ex eâ insuper peculiari ratione, quòd locatori prædii rustici satis consultum sit per fructus, & lex citrà necessitatem pignus inducere non soleat.

Respondet ad hoc Hunnius *d. q. 3. pag. mihi 962.* Rationem hanc non sufficere ad constituendam differentiam inter prædia urbana & rustica, eò quòd fructus non omnibus anni partibus nascantur, consequenter Domino de mercede sufficienter cautum non sit. Sed responsio hæc non videtur sufficiens ad explodendam differentiam inter prædia urbana & rustica assignatam. Cum enim propter perceptionem fructuum prædium rusticum in annum integrum de jure à colono conductum censeatur *l. 13. §. ult. ff. locati.* non video, cur locatori per fructus, etsi unâ tantum anni parte natos, sufficienter cautum esse non deberet, casu quo conductor mercedem conventam præstare detrectet.

- 24 Tertiò fundant se in *l. 4. princ. ff. de pactis*. Ubi JC. Paulus ait, in urbanis habitationibus invec̃ta pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim convenerit: ergò in habitationibus rusticis idem jus non obtinet; aut, si obtinet, pessimè à Paulo facta est adjectio particularum: *in urbanis habitationibus*. Utpotè non ignaro suæ legis *12. princ. ff. de judiciis*, ex quâ illud vulgatum manavit, quòd inclusio unius sit exclusio alterius.
- 25 Quartò argumentantur ex *l. 5. Cod. in quibus causis pignus &c.* & dicunt: Imperatores ad hoc, ut mancipia, in fundum illata, nomine pensionis sint hypothecata, præter pactionem (per quam in dubio expressa, utpotè efficacior intelligitur) insuper requirunt specialem obligationem. Ergò ut alia in fundum illata nomine pensionis sint hypothecata, ad minimum expressa pactio requiritur.
- 26 Quintò firmant opinionem suam per textum in §. 3. *inf. Inst. de interdictis*, ubi Imperator ait, res coloni obligari Domino, quas ipse colonus pro mercedibus fundi pignori futuras pepigerit, id est, pignori esse, expressè convenerit: ergò si non convenerit, non obligantur.
- 27 Ex dictis patet, cuinam sententiæ meum consecra-
verim calculum; neque consecrationis me poenitere faci-
unt rationes adversariorum, quibus sine magno labore bre-
viter satisfaciam.
- 28 Objiciunt autem illi imprimis textum in *l. 14. §. 1. ff. de relig. & sumpt. fun.* ubi referente Ulpiano Pomponius scribit, quòd mortuo colono vel inquilino, si non sit, undè mortuus funeretur, is ex invec̃tis, illatisvè sit funerandus; & si quid remanserit superfluum, hoc pro pensione Domi-
no debeat esse obligatum. Ergò supponit Pomponius tan-
quàm certum, quòd ea, quæ à colonis in prædia conducta
interuntur, Dominis sint oppignorata. R. negando con-
sequentiam. In adducto textu non fit mentio taciti pigno-
ris,

ris, sed in terminis expressi statuitur, quòd ea, quæ post deductas funeris impensas remanent superflua, locatori pro pensione intelligantur obligata.

Secundò obijciunt textum in *l. ult. Cod. in quibus 29 causis pignus &c.* ubi generaliter sancitur, res conductoris in prædium conductum inVectas & illatas, ipso jure & tacite pro pensionibus obligari: neque distinguitur, rusticum, an urbanum prædium conductum fuerit. R. sicut in toto jure generi derogatur per speciem. *l. 80. ff. de R. J.* ita & generalitas dictæ legis ult. ad prædia urbana restringi debet, ob textus speciales suprâ pro sententiâ nostrâ adductos.

Præterea benè advertendum est, quòd in *cit. l. ult.* dicatur, in utrâque Româ jus taciti pignoris ratione inVectorum à conductore locum habere. Undè rursùs non nisi inVecta in prædium urbanum intelligi possunt. Nam olim Romæ ob confluxum peregrinorum & ignotorum hominum moris fuit, in locationibus prædiorum urbanorum pactum expressum adjicere de rebus illatis, nec non in locationibus prædiorum rusticorum de fructibus, ut essent pignori; quod expressum pactum tractu temporis transivit in tacitum. Passim enim videmus, ea, quæ expressè solita sunt fieri, & plerumque adhiberi, ex bonâ fide pro adjectis haberi, licèt de iis nihil nominatim convenerit. *l. 31. §. 20. ff. de edilit. edicto. l. 4. princ. ff. de vulg. & pupill. substit.* Confer Harp. ad §. 4. *Inst. quibus modis re contrah. oblig. n. 22. & duobus seqq.*

Tertiò obijciunt textum in *l. 3. ff. in quibus causis pi- 30 gnus &c.* ubi Ulpianus approbat opinionem Neratii, existimantis, quòd, si horreum conductum fuerit, diversorium, vel area, tacita conventio de inVectis vel illatis in his quoque locum habeat. Atqui horreum, diversorium, area, sunt loca rustica, utpotè ad usus rusticos, & reponendos fructus destinata: ergò etiam illa, quæ inferuntur in præ-

dia rustica, censentur Domino tacitè oppignorata. **R.** minorem quidem veram esse quoad usum rusticum; interim tamen si persona respiciatur locatoris, qui pensionem ex horreo aut diversorio recipit, parùm isthæc differunt à prædiis urbanis, cum fructus non ferant, in quibus lex Domino pignus possit constituere.

31 Quartò objiciunt textum in *l. 4. §. un. ff. d. t. ubi stabula*, à continentibus ædificiis sejuncta, negantur esse urbana, & tamen in illis obtinere dicitur causa taciti pignoris: ergò causa taciti pignoris obtinet quoque in prædiis rusticis. **R.** ut priùs, nimirum idcirco in stabulis obtinere causam taciti pignoris, quia, licèt in se & quoad usum sint rustica, si tamen spectetur persona locatoris pensionem inde accipientis, parùm ab urbanis differunt, cum eorum exemplo sint infæcunda.

Instant: non est major ratio, cur stabula, in se rustica, respectu locatoris censeantur urbana, quàm alia prædia rustica: ergò si hoc respectu illata in stabula sunt tacitè nexa pignori, erunt quoque nexa pignori, illata in alia prædia rustica. **R. neg. conseq.** Ratio disparitatis est, quòd alia prædia rustica fructus ferant, qui tacitæ hypothecæ subjacent; quod non fit in stabulis de se rusticis. Confer à me tradita in *Prodromo Justiniano ad lib. 2. Instit. tit. 3. §. 4. n. 9.*

32 Quintò objiciunt textum in *l. 7. §. un. ff. in quibus causis pignus &c.* ubi Pomponius, postquàm in principio expressè egit de prædiis rusticis, subjicit, magis esse, ut videantur oppignorata, quæ eo animo sunt illata, ut ibi sint perpetuò, seu donec locatio duret. Ergò illata in prædia rustica videntur oppignorata, etiamsi nominatim id non convenierit. **R. Neg. conseq.** Pomponius enim in *d. §. un.* intelligendus est de solis prædiis urbanis, non obstante, quòd in principio *d. legis 7. de rusticis* locutus fuerit. Nam sciendum, sæpius in unâ eademque lege de diversis factorum spe,

speciebus agi. Adhæc si Jctus idem jus taciti pignoris sensisset de illatis, quod pronunciavit de fructibus, non debuisset in *d. princ.* fructuum duntaxat mentionem fecisse: ergò cum ibi de fructibus tantum dixerit, signum est, res cæteras tacitè oppignoratas non videri, nisi quid convenit.

Sextò objiciunt textum in §. 7. *Inst. de act.* ubi simpliciter dicitur, quòd res coloni pignoris jure, pro mercedibus fundi, Domino prædii teneantur. R. Id verum esse supposità expressâ conventionem; neque gratis ita respondetur, cum hoc dicere compellant textus aperti in *l. 4. princ. ff. in quibus causis pignus &c.* & §. 3. *inf. Inst. de interdictis*, ex quibus obscuriori lucem fœnerari oportet.

Septimò denique objiciunt textum in *l. 5. Cod. de locato.* 34 Ubi Imperator Alexander ait, certi juris esse, quòd ea, quæ Dominorum voluntate à colonis in fundum sunt inducta, censeantur prædiorum Dominis esse oppignorata: ergò ad hoc, ut in prædium rusticum illata sint nexa pignori, non requiritur expressa conventio, sed sufficit illatio sciente Domino facta. R. negando consequentiam. Alexander in *cit. loco* per voluntatem, non qualemcunque, sed talem intelligit, quæ in actum expressæ conventionis prorupit: id quod in jure infrequens non est; sic in *l. 5. §. 1. ff. in quibus causis pignus &c.* & *l. 61. §. 8. ff. de furtis*, per voluntatem intelligitur pactio. Similiter esto in *l. 8. Cod. de novat.* generaliter definiatur, voluntate, non lege novandum esse, certum tamen est ex eadem *l. 8. & §. 3. Inst. quibus modis tollitur obligatio*, ad substantiam novationis expressam conventionem requiri. Patet hoc ipsum ex oppositione, quæ in *d. l. 5. Cod. de locato.* per particulas *quando autem fit*, ubi memoratus Imperator dicit, quòd, quando domus locatur, scientia Domini in rebus inductis vel illatis necessaria non sit, cum ea etiam sine scientiâ Domini, hoc est, sine
Ecc
expres.

expressâ conventionē, pignoris jure teneantur : ergò cūm per adversativam in fundo conducto requiratur voluntas & scientia Domini, requiritur per voluntatem expressa conventio : oppositorum enim opposita solet esse ratio.

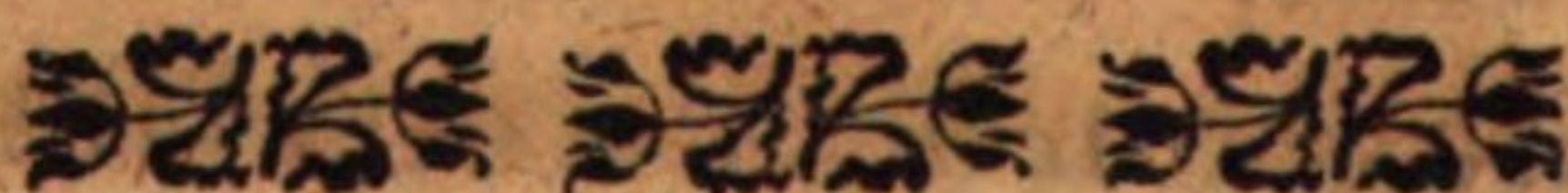


QUÆSTIO XIII.

Utrū mulier ratione dotis non solūm creditoribus mariti, hypothecam anteriorem tacitam habentibus, præferatur, sed etiam habentibus anteriorem expressam?

SUMMARIA.

1. *Duplex acceptio dotis.*
2. *Quæ in profectitiam & adventitiam dividitur.*
3. *Agitur de privilegiatâ actione ex stipulatu, quâ dos soluto matrimonio repeti potest.*
4. *Attexuntur DD. res tum Theologi, tum Juristæ, sentientes, mulierem ratione dotis, etiam creditoribus, anteriorem hypothecam expressam habentibus, præferri.*
5. *Adducuntur legistæ sustinentes contrarium.*
6. *Nostra sententia favet doti.*
7. *& seqq. Refelluntur fundamenta & rationes adversariorum.*



DOS sumitur potissimum vel pro universitate rerum , 1
quæ uxoris nomine marito datæ sunt, ad sustinenda
onera matrimonii : vel pro jure marito in rebus sic
datis competente. Passim ff. & *Cod. de jure dotium.*

Dividitur in profectitiam & adventitiam. Illa est, 2
quæ ex re patris, vel ejus facto profecta est à patre (idem est
de alio ascendente paterno) vel etiam ab extraneo, sed pro-
ximè intuitu patris *l. 5. princ. §. 1. 2. & 11. ff. d. t.* Ista, quæ a-
liunde obvenit.

Durante matrimonio dos regulariter repeti nequit. 3
l. un. Cod. si dos constante matrimonio soluta fuerit. Sed eo
demum soluto : quo casu sublatâ rei uxoriæ actione olim
quoque competente, jure novo datur actio ex stipulatu, ea-
que in sequentibus privilegiata. I. Quòd sit bonæ fidei.
II. Quòd competat, esto stipulatio non intervenerit, bene-
ficio legis suppletis stipulationem. III. Quòd habeat an-
nexam hypothecam tacitam in omnibus bonis mariti. §. 29.
J. de act. l. un. Cod. de rei uxoriæ act. Cum privilegio præla-
tionis antè omnes mariti creditores anteriorem hypothe-
cam tacitam habentes.

An etiam antè habentes anteriorem hypothecam 4
expressam ? Disceptatio est.

Mulierem præferri illis duntaxat, ex Theologis con-
tendunt. *Mol. de J. & J. tom. 2. disp. 438. n. 6.* ubi ait, hanc
esse communem. *Laymann Theol. mor. lib. 3. tr. 4. cap. 13.
n. 8.* Reverendissimus DD. *Honorius Aigner p. m. in statera
Justitiæ p. 1. q. 3. art. 5. concl. 3. pag. 107.* Ex Juristis idem
sentiunt *Covar. lib. 1. var. resolut. c. 7. n. 1. concl. 3.* *Manti-
ca de tacitis & ambiguis convent. lib. 11. tit. 26. n. 32.* dicens,
sententiam hanc frequentissimo judiciorum usu receptam
esse. *Carpzov. part. 1. Jurisprud. forens. constit. 28. definit. 65.
n. 15. & part. 1. decis. Illustr. Sax. 57. ubi n. 3. ait,* opinionem
hanc, tanquam æquiores, Doctores communiter tueri :

quamvis *d. loc. n. 1.* etiam dicat, quòd verbis & mente Imperatoris in *l. 12. Cod. qui potiores in pignore &c.* probè pensitatis, vix dubitandum sit, quin mulieres in dote illatâ creditoribus, expressam hypothecam anteriorem habentibus, præferantur. *Brunnemann ad d. l. 12. n. 18. Gail. 2. obs. 25. n. 10.* in cujus fine ait, hanc opinionem juri scripto, rationi, & æquitati esse consentaneam, & secundum eam intrepidè se judicare velle, nec recordari, in Camera ab eâ suo tempore unquam recessum fuisse. *Negusantz. de pign. p. 2. memb. 4. n. 98. & 102.* ubi citat *Jasonem* dicentem, quòd opinio hæc sit magis communis, & durum esset, in practicâ consulendo & judicando ab eâ recedere. *Richter de jure & privil. credit. cap. 3. sect. 1. n. 11. Prænob. D. Vitus ab Arnold de priorit. credit. class. 2. n. 15. pag. 54.* ubi ita scribit: in Praxi werden gemeiniglich die ältere außdruckliche Verpfänd- und Verschreibungen den nachgehenden Heyrath-Gütern vorgezogen; und ist dieser Sentenz auch unter denen Rechts Gelehrten gemeiner / und zwar meines Darvorhaltens denen Rechten allerding conform, auch in Praxi jedesmal zu observiren / damit denen Weibern mit anderer Creditorn Nachtheil und Schaden nicht wider die Billichkeit gar zu sehr favorisirt werde. *Struv. exercit. ad Pand. 44. th. 49. & Jcti Citramontani.*

- 5 Econtrâ mulierem præferri etiam creditoribus habentibus anteriorem hypothecam expressam, sustinent *Bachov. de pign. lib. 4. cap. 12. n. 1. & 2. Rittershus. exposit. nov. p. 4. cap. 3. n. 4. Myns. ad d. §. 29. J. de act. nu. 12. & 13. item cent. 4. obs. 13.* ubi testatur in Cameræ judicio, cùm causa appellationis inter Episcopum Saltzburgensem & Oertnerum aliquando referretur, ita Dominis decisum esse. *Bocerus class. 2. disp. 12. th. 95. Harp. ad d. §. 29. J. de act. n. 7. & seqq.* quos inter *n. 33.* testatur, sententiam hanc facultatis Juridicæ Tübingensis Collegium, & Consistorium
supre-

supremum Würtembergicum haud raro secutum fuisse. *Fach. 3. contr. c. 99. Hunn. var. resolut. lib. 3. tr. 3. part. 5. q. 4.* ubi in fine ait, hanc esse verissimam sententiam, & usu observari. *Joan. Otto Tabor. tr. de constit. repetit. & privilegio dotis th. 7. lit. F. & J* Cti Ultramontani.

Nobis sententia, quæ mulieribus favet, haud mulie- 6
ribus videtur niti rationibus. Nam imprimis dicitur in *d. l. 12. §. 1. Cod. qui potiores in pignore &c.* absolutè, generaliter, & indistinctè, quòd mulier antiquioribus hypothecariis præferatur. Ita enim ibidem inquit Imperator: *sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote instituendâ dedimus, potiora jura NB. contrà omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.* Ergò cum Imperator non distinguat inter hypothecas anteriores tacitas, & expressas, neque nos debemus distinguere, sed potiùs, Principe dicente omnia, nihil excludere *arg. cap. 1. vers. dicendo verò. dist. 19. l. 8. ff. de public. in rem act. l. 1. §. 1. ff. de legatis præstandis. l. 147. ff. de R. J.* Certè ex contextu totius constitutionis *d. l. 12.* patet manifestissimè, quòd Justinianus prolixè admodum favere voluerit fæminis: hanc enim suam enixam favendi intentionem exprimit tum in *princ. §. 1. d. l. 12.* tum in medio ejus. Et quidem in *pr. d. §. 1.* dum inquit, quòd duas alias præcedentes constitutiones, per quas mulieribus ratione dotium subvenit, nunc in unam collegerit. In medio *d. §. phi* autem, dum exclamat: quis earum non misereatur propter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus periculum, & ipsam liberorum procreationem? pro quibus multa legibus inventa sunt privilegia, sed non sufficientia, quia ad effectum non perducta. Se igitur privilegia illa pleno legis articulo consummaturum, privilegium prælationis mulieribus indulgere. At finem hunc Justinianus profectò affectus haud fuisset, si contra hypothecas non alias, quàm tacitas;

Fff

citas, privilegium mulieribus concessisset : ergò concessit etiam contrà expressas.

Memoratae *legi* 12. egregiè succinunt *Nov.* 97. *cap.* 2. & *Nov.* 109. *cap.* 1. in quibus locis Imperator refert, quòd contrà creditores anteriores privilegio fæminas muniverit : quæ sanè constitutiones quo obtentu ad hypothecas anteriores tacitas coangustari possint, equidem non video.

Confirmatur sententia nostra ulteriùs ex *princ. d. l.* 12. ubi Princeps recenset, se assiduis mulierum aditionibus inquietatum esse, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. At verosimile non est, mulieres assiduis aditionibus inquietasse Principem ob creditores, hypothecam anteriorem tacitam habentes, cùm hypothecæ tacitæ longè rariores sint expressis, consequenter tantum præjudicii fæminis afferre non potuerint : ergò cùm scopus Principis fuerit, ansam præcidere quærelis recensitis, ac remedium validum afferre malo, rectè concluditur, quòd non tantum contrà hypothecas anteriores tacitas, sed expressas quoque mulieres privilegio exornaverit.

Taceo, quòd dotium causa semper, & ubique præcipua, ac publicè interfit, dotes mulieribus conservari, cùm dotatas esse fæminas ad sobolem procreandam, replendàmque liberis civitatem, maximè sit necessarium. *l. i. ff. soluto matrim.* Nihil quoque dicam, quòd in sententiâ contrariâ privilegium mulieribus concessum facilè eludi possit, casu quo fiscus, aut alii, quibus tacita hypotheca competit, expressim de hypothecâ paciscantur : cùm econtrà mulieres dotium conservandarum causâ fidejussores à maritis petere, expressè prohibeantur. *t. t. Cod. nè fidejussores dotium dentur.*

Reliquum nunc est, ut fundamenta & rationes Doctorum, contrariam opinionem sectantium, pro virili refellamus. Nec enim satis est, verum dicere, sed simul

con-

contraria refutare, & falsitatis causam assignare oportet, jux-
tà *Aristot. lib. 7. Ethic. cap. 14.* & objectis non respondere, est
vel animi elati, vel ignorantiae tenebris involuti. *Mantica
de conject. ult. volunt. lib. 8. tit. 18. n. 21.*

Primò itaque objicitur sic : jus alteri facto suo quæ- 7
situm sine ipsius facto tolli vel minui nec debet, nec potest,
sive à privato, sive à Principe. *§. ult. Inst. de his, qui sui vel alie-
ni juris sunt. l. ult. ff. de pactis. l. 2. §. 10. & 16. ff. nè quid in loco
publico. l. 11. l. 74. ff. de R. J. l. 2. Cod. de precibus Imperatori of-
ferendis.* Atqui creditores, anteriorem hypothecam ex-
pressam habentes, jus facto conventionis suæ quæsitum ha-
bent : ergò à Justiniano in *l. 12. Cod. qui potiores in pignore
& c. tolli aut minui non potuit.*

R. I. Argumento hoc
nimium probari, nimirum mulierem nè quidem creditori-
bus, anteriorem hypothecam tacitam habentibus, præfer-
ri, cum hi quoque respectivè jus quæsitum habeant. *R.*

II. Distinguendo majorem, jus alteri facto suo quæsitum
sine ipsius facto tolli vel minui nè quidem à Principe potest,
nisi damnum, privato illatum, utilitatem concernat Reipu-
blicæ, concedo, si concernat, nego majorem. Videantur
*l. 15. §. 2. ff. de R. V. l. ult. §. un. ff. de pignorat. act. l. 11. princ. ff.
de evict. Harp. ad princ. Inst. de R. D. n. 98. & seqq.* utilita-
tem publicam deduximus *superiori num. ex l. 1. ff. solut matr.*

R. III. negando suppositum majoris in casu, quo Prin-
ceps per modum condendi legem universalem (ut in propo-
sito) in futurum aliquid constituit. Tunc enim Princeps
privato nihil aufert, sed cavet duntaxat, quid imposterum
pro lege observari velit. Huc pertinet, quod dicitur in *l. 13.
§. 1. ff. de injuriis.* videlicet legem nemini inferre injuriam.

R. IV. Ad minorem : atqui creditores, anteriorem hy-
pothecam expressam habentes, jus facto conventionis suæ
quæsitum habent, quoad ipsam hypothecam, concedo,
quoad jus prælationis, nego minorem. Hoc posterius

non conventioni, sed legi debetur, cujus arbitrio jam ex tempore, jam ex credito, pro quo hypotheca constituta est, consideratur.

8 Objicitur secundo: saltem verum est, quod, jure prælationis mulieribus indulto, hypotheca conventionalis priorum creditorum effectum destituatur, casu quo bona mariti debitoris non sufficiant expungendo æri alieno: quod ipsum iniquum est, cum jura vigilantibus scripta sint, non dormientibus. *l. 24. ff. quæ in fraudem creditorum &c.*

R. Hoc iniquum esse, nisi anterioribus creditoribus culpa imputari possit. At verò imputent sibi, quod hypothecam, quam cavendo sibi acquisiverunt, ulterius vigilando, & in tempore, seu antè concursum creditorum actionem hypothecariam exercendo, non conservaverint.

9 Objicitur tertio: omnia privilegia ita sunt interpretanda, nè in alterius vergant dispendium. *cap. 15. de offic. & potest. judicis delegati. cap. 11. de foro compet. l. 40. ff. de administrat. & peric. tut. l. 4. Cod. de emancipat. liberorum.* atqui in sæpè *d. l. 12. Cod. qui potiores in pignore &c.* Privilegium datum est mulieribus: ergò ita interpretari debet, nè vergat in dispendium creditorum, anteriorem hypothecam expressam habentium. R. Majorem procedere de privilegiis odiosis. In minore autem continetur favorabile, cum principaliter in favorem mulierum introductum sit. Deindè *d. l. 12.* non tam alieno beneficio derogat, quàm potius beneficium, anterioribus creditoribus ratione hypothecæ expressæ à se tributum, ex causâ boni publici limitat.

10 Objicitur quarto: in materiâ juris correctoriâ, strictâ interpretatione opus est. *cap. 29. de elect. in 6. cap. 15. de R. J. in 6.* Atqui in simili versamur modò, ergò *lex 12. Cod. qui potiores in pig.* solummodò de tacitis anterioribus hypothecis exaudiri debet. R. Negando minorem. Ju-

stinia:

finianus in *d. l. 12.* non corrigit leges antiquas, sed supplet ; id quod sufficienter innuunt verba ipsius suprâ à nobis relata, istis formalibus : *quod antiquitas dare incæpit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus.*

Objicitur quintò : prior tempore est potior jure. **II**
l. 2. l. 11. princ. ff. l. 2. 4. § 8. Cod. d. t. cap. 54. de R. J. in 6. ergò qui anteriorem habet hypothecam expressam, prævalet mulieri posteriori. **R.** I. Argumentum hoc nimis bonum esse, ac plus probare, quàm gratum sit adversariis, nempe illos etiam creditores prævalere mulieri posteriori, qui habent hypothecam anteriorem tacitam, cum & isti priores sint tempore ; quod tamen nemo dixerit. **R.** II. Antecedens non procedere in concursu eorum, qui jure prælationis sunt donati : vel si priores jure tantum communi nitantur, posterioribus autem privilegium quoddam suffragetur. **R.** III. Distinguendo antecedens : prior tam tempore conventionis, quàm auxilii & privilegii à lege specialiter indulti, est potior jure, concedo, prior tantum tempore conventionis, posterior autem tempore auxilii legalis, est potior jure, nego antecedens & consequentiam.

Objicitur sextò : provisio hominis prævalet provi- **12**
sioni legis. *arg. l. 15. §. 3. ff. de precario. l. ult. Cod. de pactis conventis.* Atqui privatus creditor hypothecam anteriorem expressam habet de suâ provisione seu conventionem, mulier autem nititur solâ provisione legis. *l. un. Cod. de rei ux. act. d. l. 12. Cod. qui potiores in pign.* ergò hypotheca expressa anterior privati creditoris prævalet posteriori tacitæ mulieris. **R.** I. Ad majorem cum *Brunnemann* ad *d. l. ult. Cod. de pactis conventis n. 8.* Si talis præpotentia legislatori specialiter placuerit, esto, secus, nego. **R.** II. distinguendo majorem sic : provisio hominis prævalet provisioni legis,

si hæc nudè suppleat provisionem hominis, concedo, si provisio legis sit absoluta, & principalis, ut in præsentī, nego maiorem. Dùm *lex ultima. Cod. de pactis conventis.* mulieri ratione cautionum foeneratitiarum, marito paraphernorum loco traditarum, mediante tacitâ hypothecâ providit, non providit principaliter & absolutè, sed in subsidium & defectum provisionis humanæ. Patet hoc ex tenore *cit. legis ult.* qui habet, quòd si in dotali instrumento pro cautionibus illis, puta, foeneratitiis, nominatim à marito hypothecæ scriptæ sint, mulier his ad cautelam suam contenta esse debeat: ergò mirum non est, quòd subveniente homine cesset subsidium legis. Similiter providet lex pupillo de tutore, sed non nisi pro eventu, quo testator nullum dedit. *l. 11. inf. princ. ff. de testam. tut. l. 9. §. 1. inf. ff. de tutela & rationibus distrab.* ergò testatoris provisio prævalet provisioni legis. Rursus lex providet defuncto de successore, sed non absolutè, quia tantum pro casu, quo defunctus successorem sibi non designavit. *l. 39. ff. de ac. velomit. heredit. l. 89. ff. de R. J.* si igitur hic sibi providerit, cessat provisio legis. Econtrà in *l. 12. Cod. qui potiores in pign.* jus prælationis verbis generalibus & principaliter tributum est mulieribus; neque enim in subsidium provisionis humanæ dari potuisset, cum sit mera creatura legis.

- 13 Objicitur septimò: fiscus & mulier pari passu ambulant. *l. 2. Cod. de privileg. fisci.* at fiscus non præfertur creditoribus hypothecariis anterioribus. *l. 8. ff. qui potiores in pign.* ergò neque mulier. R. I. Distinguendo maiorem, fiscus & mulier pari passu ambulant in casu concursus, concedo, absolutè & per omnia, nego maiorem. Fiscus præfertur mulieri, si anteriorem hypothecam habeat, & vice versâ hæc illi, si hypothecâ priore munita sit. Atque hoc est, quod Imperator Antoninus dicit in *d. l. 2. Cod. de privileg. fisci.* Quòd si mulier cum alio privato creditore,

tore, anteriorem hypothecam expressam habente, concurrat, falsum est, quòd pari passu cum fisco ambulet. Hic enim, esto ratione contractûs (nam in causâ tributorum aut primipilari, in quibus aliter discurrendum propter textus in *l. 1. Cod. si propter publicas pensitationes &c. l. 4. Cod. in quibus causis pignus &c. l. 3. Cod. de primipilo &c.* non versamur) quoad bona, post fiscale debitum quæsitâ, præferatur. *l. 28. ff. de jure fisci.* quoad bona tamen, antè fiscale debitum quæsitâ, postponitur creditori privato ratione temporis anteriori. *l. 8. ff. l. 4. Cod. qui potiores in pign.* quod de muliere nullibi dispositum legitur. Confer *Bachov. tr. de pign. lib. 4. cap. 6. circa f. cap. 7. n. 1. in f. & cap. 10. n. 1. ad f. Negusantz. de pign. p. 5. memb. 2. n. 42. Gothofr. in notis ad l. ult. ff. d. t. lib. H. Brunnemann ibidem.* R. II. Antè constitutionem *legis 12. Cod. d. 1.* jus fæminæ non fuisse potentius jure fisci: hodie autem esse potentius, postquàm Imperator voluit, ut mulier etiam illos creditores vinceret, qui hypothecâ anteriore sunt muniti. Undè post constitutionem *d. legis 12.* authoritas juris amplius non constat *legi 2. Cod. de privileg. fisci.* Confer *Harp. ubi supra n. 15. & 16. Hunn. ubi supra solut. 2. Bachov. ubi supra n. 2.*

Objicitur octavò textus in *l. 29. Cod. de jure dotium*, 14 ubi Imperator Justinianus mulieri jus prælationis concedit solummodò contrâ hypothecarios posteriores, & alios, qui non potiora jura legibus habere noscuntur, hoc est, qui tacitâ saltem hypothecâ nituntur: ergò mulier non præferatur creditoribus, hypothecam anteriorem expressam habentibus. R. I. Argumentum à contrario sensu desumptum non stringere adversùs clarissimum textum in *sapè d. l. 12. Cod. qui potiores in pignore &c.* R. II. Per creditores potiora jura habentes intelligi fiscum ob causam primipilarem, & liberos ratione exactionis maternæ dotis. R.

III. Textum oppositum loqui duntaxat de hypothecâ mu-

lieris expressâ : ita enim statim initio objectæ legis 29. dicitur : *si mulier sibi prospicere, & res NB. sibi suppositas pro dote tenere velit.* Nullatenus autem de hypothecâ tacitâ, ut quam uxor primùm accepit in *l. un. §. 1. & 15. Cod. de rei ux. act.* quæ constitutio (prout ex inscriptione & subscriptione utriusque legis liquidò constat) duobus annis recentior est priore illâ. Confer *l. 19. vers. jura. Cod. de donationibus antè nuptias.* & *Bachov. d. tr. de pign. lib. 1. cap. 10. n. 3.* videlicet jura paulatim perficiuntur, & sicut hominum variæ ætates sunt, ætatûmque vicissitudines, crescunt, consistunt, deficiunt, ita legum, ita jura fæminarum, quæ paulatim invaluerunt, ac velut alluvione temporis in *l. 12. Cod. qui potiores in pign.* egregia sumpserunt incrementa. Brevis : quod antiquitas in *d. l. 29. Cod. de jure dotium*, dare cæpit mulieri, hoc Justinianus in *d. l. 12. Cod. qui potiores in pignore &c.* consummavit. Vid. *Hunn. ubi supra solut. 6.*

15 Objicitur nonò : Uxor in *d. l. 12.* præfertur illis creditoribus, qui muniti sunt privilegio temporis : ergò non præfertur illis, qui habent hypothecam anteriorem expressam ; hi enim non sunt privilegio temporis muniti, sed jure communi, & expressâ conventionē. *¶* 2. distinguendo antecedens, uxor præfertur illis creditoribus, qui muniti sunt privilegio temporis, hoc est, quibus in conventionali aut legali hypothecâ suffragatur prærogativa temporis, concedo, quibus tantum in hypothecâ legali prærogativa temporis suffragatur, nego antec. & conseq. prærogativa solius temporis expressè privilegium temporis dicitur in *l. 10. ff. d. t.*

16 Objicitur decimò : Justinianus in *d. l. 12.* id saltem consummavit, quod antiquitas dare cæpit, & ad effectum non pertulit. Atqui antiquitas mulieri adversus illos duntaxat creditores jus prælationis dare cæpit, qui beneficio legis prærogativam habent, ut cæteris creditoribus præferantur :

tur : ergò etiam Justinianus mulieri adversus illos duntaxat creditores jus prælationis consummativè dedit , qui beneficio legis prærogativam habent , ut cæteris creditoribus præferantur. R. ad minorem, antiquitatem cæpisse quidem dare jus prælationis adversus illos duntaxat creditores , qui hypothecâ tacitâ muniti sunt ; ast propterea non perfecisse jus prælationis, quod dare cæpit : signo evidenti, dandum fuisse etiam adversus creditores hypothecam anteriorem expressam habentes, quod pleno legis articulo Justinianus in *d. l. 12.* consummavit, dum ibidem mulieri potiora jura contrà *NB. omnes* mariti creditores dedit, licèt anterioris sint temporis privilegio vallati.

Objicitur undecimò & ultimò : ratio , cur mulier ¹⁷ propter dotem creditoribus anterioribus præferatur, à Principe in *d. l. 12. §. 1. vers. cum enim &c.* assignatur hæc, quia in personali actione res uxoria ejusmodi privilegio gaudet : atqui in personali actione res uxoria non gaudet privilegio prælationis adversus creditores anteriorem hypothecam expressam habentes ; ergò his neque hypotheca dotis præfertur. R. neg. majorem. ratio enim prælationis redditur in illo versiculo : *quis enim earum non misereatur propter obsequia &c.* Adeoque jus solenne vetus mulieri confertur cum integro beneficio, quod Princeps in *d. l. 12.* eidem tribuit, ita ut, cum in personalibus actionibus tali privilegio usa fuerit olim res uxoria , nunc in hypothecâ quoque hoc ei indulgeatur beneficium, vi cujus omnibus anterioribus creditoribus præferatur.





QUÆSTIO XIV.

Possitne filiusfamilias de peculio adventitio extraordinario testari?

SUMMARIA.

1. *De peculio adventitio ordinario filiusfamilias nè quidem consentiente patre testari potest ad causas profanas.*
2. *Proponitur quæstio, an saltem de peculio adventitio extraordinario testari possit?*
3. *Adducuntur Authores sententia agentis.*
4. *Attexuntur Patroni opinionis opposita.*
5. *Resolvitur quæstio negativè, ac probatur ex princ. Inst. quibus non est permissum &c.*
6. *Item ex l. penult. Cod. qui testamenta facere &c.*
7. *Nec non ex ratione.*
8. 9. 10. 11. 12. & 13. *Refelluntur argumenta contraria.*

Certum esse, quòd filiusfamilias de peculio adventitio ordinario seu regulari, cujus nimirum proprietas ad ipsum, ususfructus verò ad patrem pertinet, nè quidem cum consensu patris ad causas profanas testari possit, tradidi lib. 2. Inst. tit. 12. §. 7. n. 8. At illud incertum & controversum, possitne filiusfamilias saltem de bonis adventitiis pleno jure possessis, & in quibus pater usumfructum non habet, v. g. si quid filiofamilias ita relictum sit, ut nè

nè quidem ususfructus ad patrem perveniat. *nov. 117. cap. 1. auth. Excipitur Cod. de bonis, qua liberis &c.* Si filius unacum patre fratri suo succedat. *nov. 118. cap. 2. auth. item hereditas. Cod. d. t.* Si pater usumfructum, sibi debitum, filio remittat. *l. 6. §. 2. vers. sin autem Cod. d. tit.* Si hæreditas filio fuerit delata, pater autem filio, hæreditatem adituro, consentire nolit. *l. ult. in pr. vers. si ve è contrario. & §. 1. Cod. eodem. &c. testari ? intactum reliqui ; quod proinde nunc disquisitionis lanci appendere lubet.* 3

Prima sententia est, filium familias de his bonis testari posse. Ita *Treutl. vol. 2. disp. 11. th. 2. lit. A. Hunnius 2. var. resolut. 5. quest. 10. Collegium Juris Argentoratense ad tit. qui testamenta facere possunt &c. th. 9. n. 3. Bechmann ad l. 6. ff. ibid. Brederodius in notis ad Schneidevv. tit. quibus non est permissum facere testam. in princ. lit. C. Besold. in delib. q. 5.* 4

Secunda & communissima sententia negat, filium familias de his bonis testari posse. Ita *Covar. in rubr. de testamentis part. 3. n. ult. Vasquius lib. 3. de successionibus. §. 22. n. 10. Ludvvell de ult. volunt. pag. m. 195. & 607. cum seqq. Fach. 5. contr. cap. 94. Lauterbach vol. 1. disp. Tübing. 22. th. 27. & part. 2. Colleg. Theor. pract. tit. qui testam. facere possunt &c. §. 32. Struv. ff. ibid. th. 7. Harp. ad pr. Inst. quibus non est permissum &c. n. 29. & seq. Vinn. ibid. n. 6. Manz ibid. n. 15. & in tr. de testam. valido &c. tit. 2. quest. 1. n. 108. Schambog. tr. ad tit. qui testam. facere &c. q. 13. Clariss. D. Gletle p. m. tr. canonico-legali de testamentis p. 1. cap. 4. §. 7. n. 21. qui omnes docent, hanc esse veram & communem sententiam. Haunold. tr. 6. de J. & J. cap. 4. contr. 4. n. 232. & seq. dicens, esse communem Theologorum æquè ac Juristarum. Zoëf. ff. qui testam. facere &c. n. 17. dicens, esse veriore. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 10. th. 2. lit. C. & tract. de act. disp. 3. corollario 2. dicens, esse communissimam & verissimam.* 5

Probatur I. per *d. pr. Inst. quibus non est permiffum &c.* ibi : *præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet sua potestatis factus decesserit.* Ex quo textu tale necitur argumentum : exceptio firmat regulam in casibus non exceptis ; atqui est regula in *pr. J. d. t. eos*, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habere ; & in *sine ibid.* duo duntaxat peculii genera, castrense nimirum & quasi castrense, excipiuntur : ergo in ordine ad peculium adventitium, tam extraordinarium, quàm ordinarium firmatur communis prohibitionis regula.

6 Probatur II. Per textum irrefragabilem in *l. pen. Cod. qui testamentum facere &c.* ubi Imperator primò declarat, ex lege nuper à se promulgatâ (intelligit autem sine dubio *legem ult. Cod. de bonis, quæ liberis &c.* ut satis arguit collatio utriusque textus,) nihil innovandum esse circa testamenti factionem filiorumfamilias, sed antiquam legem per omnia conservandam : atqui lege antiquâ tantum est permiffum filiisfamilias testari de bonis castrensibus & quasi talibus, non etiam de bonis adventitiis. *d. pr. Inst. quibus non est permiffum &c. §. ult. Inst. de militari testamento. l. 7. §. ult. ff. de donat. l. ult. Cod. de inoff. testam.* ergo &c. Secundò negat expressè filiisfamilias potestatem testandi, etiam de illis adventitiis, quæ ipsi sine consensu patris possident : atqui quæ hoc modo possident, pertinent ad peculium adventitiu plene jure possessum, ergo &c. & ex hoc textu declarationem recipit *d. lex ult. §. 5.* (qui aliàs graviter obstat) *Cod. de bonis, quæ liberis &c.* ut benè demonstrant *Vinn. & Schambog. ubi supra.*

7 Probatur III. Ratione. quia dispositione juris nostri is tantum potest testari, qui est paterfamilias, vel fictione juris pro tali habetur : atqui filiusfamilias quoad bona adventitia, pleno jure possessa, non fingitur, non habetur à jure

nostro pro patrefamilias, ergo &c. major probatur ex jure legis 12. tabularum, cujus fragmentum exstat in l. 120. ff. de V. S. Integra autem lex sic habet : *paterfamilias uti legassit super pecunia, tutela vè suæ rei, ita jussit esse*. Unde colligitur, solis patribusfamilias jus testandi esse, aliis non esse, nisi quatenus à jure habentur pro patribusfamilias. Minor probatur. quia non est adducibilis ullus textus, quo hæc juris fictio probetur; fictiones autem legis sine lege asserendæ non sunt, ergo &c.

Objic. I. Text. in nov. 117. cap. 1. §. 1. ubi dicitur, *res autem ita* (videlicet sub conditione, nè pater participium seu usumfructum habeat) *relictas sive donatas positas sub potestate personis, siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere* &c. ergo potest filiusfamilias de peculio adventitio pleno jure possessorio testari. R. in d. nov. sermonem esse de dispositione non testamentariâ, sed domesticâ, seu inter vivos; quam interpretationem adjuvant verba *perfectæ ætatis*, quæ habetur expleto 25to anno, arg. l. ult. Cod. de his, qui veniam ætatis impetrarunt. qualis ætas ad condendum validum testamentum non requiritur, sed sufficit in masculo, si completum annum decimum quartum. l. 5. ff. qui testam. facere &c.

Neque dicas I. per ætatem perfectam in jure etiam intelligi expletum annum decimum quartum. arg. §. pen. Inst. de Atiliano tutore &c. Nam R. in præsentem hanc interpretationem admitti non posse, ob verba in d. nov. 117. c. 1. §. 1. statim sequentia : *si verò ætate minores sint* &c. quo casu statuitur, ut res eorum gubernentur ab illo, quem testator vel donator prospexerit, vel quem competens iudex dederit. Deinde ly *disponere* in d. nov. translatum est ex græco, in quo non *dialide dai*, id est, testari, sed *dioikein* reperitur, quod administrare significat. Clariss. D. Sebast. Mayer p. m. tr. de usufructu cap. 4. assert. 18. n. 5.

Neque dicas II. Non est dubium, quin filiusfamilias perfectæ ætatis de bonis pleno jure possessis disponere possit actus inter vivos; ergo intelligit Imperator per ly *disponere* dispositionem ultimæ voluntatis. *arg. l. 27. ff. qui testamenta facere possunt &c.* Nam R. satis esse, quòd multa alia noviter in *d. nov. 117.* constituta fuerint, ut quòd res ita relictæ pleno jure ad filios pertineant, sicque relinqui possint &c. *Schambog. ubi supra. pag. m. 62. in f.*

- 9 Obji. II. Juxta concessa potest filiusfamilias perfectæ ætatis de peculio irregulari disponere actu inter vivos: ergo etiam testari, cum, quod alicui concessum est quoad actus inter vivos, multò magis concessum esse debeat quoad actus ultimarum voluntatum, utpote favorabiliores actibus inter vivos. *arg. prin. Instit. de Lege Fusiâ Caniniâ tollendâ.* R. Neg. conseq. disparitas est, quòd in actibus inter vivos sufficiat, si quis sit plenus Dominus, & rerum suarum liberam habeat administrationem. Hoc in testatore non sufficit; sed requiritur insuper, ut sit paterfamilias, vel saltem de jure pro tali habeatur, secùs non potis relinquere familiam. Si instes: tamen à contractibus ad ultimas voluntates, tanquàm à minori ad majus legitimum ducitur argumentum. R. Si utrobique eadem subsit ratio, conceditur, secùs negatur. *D. Mayr d. n. 5.*

- 10 Obji. III. *Nov. 22. cap. 26. princ. vers. sed hic quidam.* ubi de filio dicitur, quòd possit testari de bonis adventitiis, maximè superstitie matre: ergo saltem aliquando idem juris habebit, etiam superstitie patre. R. I. Justinianum in *cit. loco* ex professo non tractare de facultate testandi, sed de negotio alio, adeoque, esto obiter fiat mentio de potestate testandi, malè tamen textum illum ad decisionem præsentis quæstionis contra expressum textum afferri. R. II. esse ponendos terminos habiles, in quibus nimirum filius fuit emancipatus: aliàs enim memoratum caput manifestè

stè nimium probaret, videlicet filium testari posse etiam de iis adventitiis, in quibus pater usufructum habet, quoniam ibidem tractatur de lucris nuptialibus, quæ post contractas secundas nuptias proprietariè ad liberos redeunt prioris matrimonii, usufructu penes parentes remanente; quæ bona ratione qualitatis prioris adventitia appellari possunt.

Objic. IV. Filiusfamilias in bonis adventitiis pleno jure possessis habet hæredem ab intestato: ergo potest etiam habere ex testamento. R. I. Neg. conseq. à successione ab intestato malum ducitur argumentum ad jus testandi; longè enim facilius est, habere hæredem ex lege, quàm sibi met hæredem facere. R. II. Retorquendo argumentum: in bonis adventitiis ordinariis filiusfamilias habet hæredem ab intestato; ergo etiam testamentarium.

Objic. V. Filiusfamilias in ordine ad fideicommissum sibi plenè quæsitum comparatur militi. *l. 50. ff. ad SC. Trebell.* Atqui miles potest testari; ergo etiam filiusfamilias de peculio adventitio, pleno jure possesso. R. disting. majorem, filiusfamilias in ordine ad fideicommissum sibi plenè quæsitum comparatur militi simpliciter, negatur, secundùm quid, conceditur. Comparatur nimirum ad effectum agendi & conveniendi, non verò, quòd peculium pleno jure quæsitum pro castrensi vel quasi tali habendum sit, & propterea filiusfamilias validum testamentum de eo condere possit. Quæ distinctio satis colligitur ex verbis *oppositæ legis*: ibi: *si res à possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret.*

Objic. VI. Text. in *l. ult. §. 5. Cod. de bonis, quæ liberis* &c. ubi dicitur, filiumfamilias in his duntaxat casibus, quibus usufructus apud parentes est, nec testari posse, nec alienare, nec oppignorare: ergo de bonis, quorum usufructus apud patrem non est, ut sunt adventitia irregularia, fi-

lius familiâs testari potest ; argumento deducto à sensu contrario, quod aliâs in jure fortissimum est. R. I. Argumentum à contrario sensu non procedere, si inde sequatur absurdus intellectus, vel contrarietas juris, vel si in contrarium sit expressa juris dispositio, prout impræsentiarum occurrit in textu nostro irrefragabili *l. pen. Cod. qui testamenta facere &c. Perez, in Cod. ibid. n. 15. Lauterbach in Colleg. Theor. pract. d. p. 2. §. 32.* R. II. Verbum *duntaxat* in opposita lege adjectum esse ob bona castrensia & quasi castrensia, in quibus, quia ususfructus apud parentes non est, lex insinuare voluit, quòd filiusfamilias licentiam testandi habeat. Neque hæc responsio gratis datur ; nam tunc temporis, quo memorata constitutio facta fuit, extra duos præfatos casus bonorum, quorum ususfructus apud parentes non est, unicus tantùm erat, quo ususfructus apud patrem non erat, videlicet si filius sine consensu patris hæreditatem adiisset, de quo tamen casu in nostra *lege pen. Cod. d. r.* expressè constitutum est, quòd filius testari nequeat. Casus reliqui, in quibus ususfructus apud patrem non est, nondum exstiterunt, sed postea primùm accesserunt, consequenter opposita lex ad illos porrigi non poterat, cùm lex præterita non soleat referri ad casus futuros incognitos. Argumentum itaque à casibus exceptis ad non exceptos tunc solummodo procedit, quando sui naturâ sub eodem genere continentur ; secùs generalis definitio ad casus illos non exceptos extendi non poterit. Eandem responsionem verbis paulò aliis dat *Schambog. q. 13. supra cit.* nimirùm Imperatorem in objectâ lege non loqui oppositivè, opponendo peculium adventitium, in quo pater ususfructum habet, alteri peculio adventitio, in quo pater ususfructum non habet ; sed opponendo peculium adventitium peculio castrensi & quasi : vel juxta *Connanum* illud peculium adventitium, in quo ususfructus *lege* apud patrem ita constituitur.

stitutus est, ut eundem amittat, si filio hæreditatem adeunti consentire nolit, opponendo illi peculio, in quo ususfructus apud patrem *lege* constitutus non est ; quale est castrense, & quasi tale. *R. III. cum Clarissimo D. Gletle d. §. 7. n.*

22. disting. consequens, ergo de bonis, quorum ususfructus apud patrem non est, filiusfamiliæ testari potest, si in adducto §. 5. testari, alienare, oppignorare, prohibeatur distributivè, concedo, si collectivè, nego consequentiam.

Ex eo, quòd filiusfamiliæ, usufructu penes patrem existente, prohibeatur testari, alienare, & oppignorare, malè inferitur, omnia tria posse, si pleno jure bona quædam possideat ; sed ita rectè arguitur : ergo unum saltem ex tribus illis potest, puta, testari, alienare, vel oppignorare. Justinianus enim in *d. l. ult.* tria illa filiofamilias prohibuit, non distributivè, sed collectivè, ut ipsemet declaravit in *sæpè cit. l. pen. Cod. qui testam. facere &c.* ubi apertissimè testatur, quòd in lege nuper promulgatà (per quam alia designari non potest, quàm illa, in qua agitur de bonis, quæ filius possidet sine consensu patris ; de quibus solummodò agitur in *d. l. ult. Cod. de bonis, quæ liberis &c.*) noluerit licentiam filiisfamiliæ concedere, de bonis, pleno jure possessis, testandi.





QUÆSTIO XV.

Prositne, aut noceat bona vel mala fides authoris successori ? & an hæres possit usucapere, si defunctus initio fuerit in bonâ fide, postea autem scientiam acquisierit rei alienæ ?

SUMMARIA.

1. *Explicatur vox Authoris.*
2. *Quis dicatur successor universalis, quis singularis.*
3. *Prescriptio alia est impropria, alia propria ; Et hæc vel ordinaria, vel extraordinaria.*
4. *Bona fides authoris prodest successor tam singulari, quam universali, ita, ut unus Et alter possessionem authoris cum suâ conjungere possit.*
5. *Solvitur objectio.*
6. *Mala fides authoris in ordine ad prescriptionem ordinariam rei tum mobilis, tum immobilis, nocet successor singulari, si uti velit accessione temporis : secus si usucapionem rei mobilis à se incipere.*
7. *Diluuntur argumenta contraria.*
8. *Mala fides authoris, rem immobilem ignorante Domino alienantis, in ordine ad prescriptionem ordinariam nocet*

cet successori singulari proximo, ita, ut hic nè quidem à propria personâ usucapionem possit incipere.

9. *Panditur sensus novellæ 119. cap. 7.*
10. *Mala fides authoris, rem immobilem ignorante Domino alienantis, in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori singulari mediato, si hic à personâ propriâ velit præscriptionem ordiri.*
11. *Satisfit objectioni.*
12. *Mala fides authoris, rem à se hypothecatam distrahentis, in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori singulari.*
13. *Mala fides authoris immediato successori universali usque adeò nocet in ordine ad præscriptionem ordinariam, nè quidem à personâ propriâ incipere eandem possit.*
14. *Respondetur ad argumentum contrarium.*
15. *Si defunctus initio fuit in bonâ fide, potest hæres usucapere, esto defunctus postea scientiam acquisierit rei alienæ.*
16. *Evertuntur fundamenta sententiæ oppositæ.*
17. *Mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori universali mediato, quò minus hic, sive hæres suus sit, sive non suus, eandem à personâ propriâ possit incipere.*
18. *Enervantur argumenta contraria.*
19. *Mala fides authoris non nocet successori universali in ordine ad præscriptionem extraordinariam.*
20. *Dissipantur argumenta contraria.*

ANtequàm respondeam
Noto I. Authorem hic vocari illum, qui
tanquam rei suæ Dominus, dominium in me trans-
ferre videtur; cui proinde succedere dicor.

Noto II. Successorem alium in jure appellari singu-
larem, alium universalem. Singularis successor est, qui in

re aliquâ determinatâ & singulari succedit, ut emptor, donatarius, legatarius. Successor universalis, qui jure hæreditario succedit in universitatem bonorum, seu universum jus defuncti, sive deindè hæres sit ex asse, sive ex certâ parte assis, puta, triente vel semisse : nam hæc quoque successio rem respicit indefinitam, non singularem quâ talem.

3 Noto III. Præscriptionem aliam esse propriam, aliam impropriam. Propria est, quæ possessionem requirit ex parte præscribere volentis. Impropria, quæ solâ nititur prærogativâ temporis. Divisionem hanc etiam agnoscit *P. Haunold de J. & J. tom. 1. tr. 5. cap. 2. controuv. 2. n. 183.* Præscriptio propria subdividitur in ordinariam & extraordinariam. Ordinaria est, quæ completur tempore ordinario triennio, decem, vel viginti annorum. Extraordinaria, quæ perficitur tempore extraordinario 30. vel 40. annorum: His notatis lubet propositam quæstionem distinctè resolvere. Undè

4 Dico I. Bona fides authoris prodest successorì tam singulari, quàm universali, ita, ut unus & alter uti possit accessione temporis, ac possessionem authoris cum suâ conjungere. *Haunold d. loc. n. 218. Clariss. Collega D. P. Franciscus Schmier in præclaro tract. de præscriptionibus cap. 5. sect. 1. §. 6. n. 75.* probatur ex §. 12. & seq. *J. de usucap.* in quibus locis perspicuè dicitur, diutinam possessionem, quæ prodesse cæperat defuncto, hæredi quoque prodesse, ac inter emptorem & venditorem tempora conjungi. Ratio est, quia author tradit rem successorì cum omni jure, quod ipse habuit : cùm ergò pars juris ex parte authoris fuerit, cæpisse præscriptionem, poterit successor tam singularis, quàm universalis uti accessione temporis.

5 Objicies : ea, quæ facti sunt, in hæredem non transiunt. *l. 23. pr. l. 30. §. 5. ff. de acq. vel amit. possess.* Atqui possessio est facti. *l. 1. §. 1. & 4. ff. d. s.* ergò in hæredem non transit,

fit, adeoque per mortem possessoris interruptitur possessio, & per necessariam consequentiam usucapio. Respondet *Harp. ad d. §. 12. J. de usucap. n. 2.* Istricto jure quidem possessionem defuncti non prodesse hæredi, adeoque morte defuncti usucapionem summo jure videri extinctam: interim tamen, quia hæres defuncti personam repræsentat, æquum esse, ut, quod jus defuncto competiisset, idem hæredi vel bonorum possessori competat. Aliter respondet *Manzins apud Schambogen ad §. 7. J. de usucap.* nimirum possessionem continuari quidem, non tamen ipso jure, sed facto hæredis, & apprehensione postea accedente, ubi retrahitur ad tempus mortis.

Dico II. Mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam rei tum mobilis, tum immobilis, nocet successori singulari, si uti velit accessione temporis: non etiam, si usucapionem rei mobilis à se incipere. Ita *Hau-nold ubi supra n. 217. Pirhing de præscript. n. 66. & seq. Molina de J. & J. tr. 2. disp. 65. n. 1. & 3. inf. Clariss. D. P. Schmier d. §. 6. n. 88.* Probatur primò *ex l. 5. princ. ff. de diversis temporalibus præscriptionibus, & de accessionibus possessionum.* Ubi Ulpianus perspicuè ait, quod vitium authoris, vel donatoris, vel legantis, successori singulari nec profit, nec noceat: si non prodest; ergò non potest successor uti accessione temporis. Si non nocet; ergò successor à personâ propriâ usucapionem incipere potest. Probatur II. Successor uti non potest accessione temporis vitiosi: sed quando author fuit in malâ fide, tempus ejus fuit vitiosum: ergò accessione temporis illius successor uti non potest. Prob. III. Successor singularis non repræsentat personam authoris sui, nec fictione juris eadem persona cum illo reputatur: ergò esto author præscribere non potuerit ob malam fidem, præscribere tamen poterit successor bonæ fidei, si à se ipso præscriptionem velit incipere.

Contrà secundam partem assertionis

7 Objicies I. Vitia possessionum à majoribus contracta perdurant, & successorem authoris sui culpa comitatur *l. 11. Cod. de acquirendâ & retinendâ possessione.* ergò si defunctus ob malam fidem præscribere non potuit rem mobilem, neque poterit successor singularis ex suâ personâ ob bonam fidem. *R.* cum *Frantzio ad §. 9. J. de usucap. n. 5. & 6.* textum oppositum loqui de successore universali, vel certè de successore singulari, volente uti accessione temporis.

Objic. II. Textum in *l. 4. §. 29. & 31. ff. de doli mali & metus exceptione.* ubi Ulpianus ait, emptori, rem vindicanti, non obstare exceptionem doli ab authore admissi, nisi uti velit accessione temporis. Si quis autem ex causâ legati vel donationis vindicet, eum, quamvis accessione temporis uti nolentem, doli tamen exceptione teneri ex causâ authoris sui: ergò mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam successor singulari nocet in tantum, ut hic nè quidem à se incipere possit usucapionem rei mobilis.

R. neg. conseq. in opposito textu per successorem singularem intelligitur legatarius, cui vindicanti legatum utique obstat eadem exceptio, quæ obstitit leganti, quia hujus jure legatarius vindicando utitur. Econtrà nostra resolutio procedit de eo, qui rem, ut ex causâ legati à se usucaptam, vindicat, proindeque possessione aut jure authoris neutiquàm utitur, sed rem ex suo facto sibi defendit. Confer *Hunn. lib. 2. var. resolut. tractatu 3. quæst. 5.*

Objic. III. Secundùm naturam est, eum sequi incommoda, quem sequuntur commoda. *l. 10. ff. de R. J.* atqui successorem particularem sequuntur commoda antecessoris, quia juxtà dicta *assert. 1.* bona fides authoris prodest successor singulari, ergo &c. *R.* dist. minorem, si successor uti velit accessione temporis, concedo, secùs, nego. Im.

præ.

præsentiarum loquimur de casu, quo successor uti non vult accessione temporis, sed præscriptionem à se incipere, adeoque nulla penitus commoda antecessoris ipsum sequuntur,

Objicies IV. Præscriptio rerum mobilium, quia sine vitio contrectationis à malæ fidei possessore alienari nequeunt. §. 3. *J. de usucap.* ob vitium furti inhibetur. §. 2. *J. eodem.* Ergo successor singularis cum bonâ fide easdem præscribere nequit, quamvis usucapionem à se incipere velit.

R. esse quidem verum, quòd in rebus mobilibus non facile procedat, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. *d. §. 3. J. de usucap.* interim tamen, si vel fructuarius partum ancillæ sibi in usumfructum datæ, vel hæres commodatarii, depositarii, aut conductoris rem defuncto commodatam, aut depositam ad se pertinere existimans, bonâ fide alteri vendiderit, usucapio in re mobili procedit. §. 4. *§ 5. J. d. t.* & (ut casum adducam ad propositum nostrum facientem) si quis se deponentis, commodantis, aut locantis hæredem falsò professus, rem commodatam, locatam, aut depositam ex causâ emptionis, aut aliâ ad transfereendum dominium habili, apud commodatarium, conductorem, aut depositarium esse patiatur, tunc rem alterius mobilem malâ fide quidem alienat, rem tamen furtivam tam parùm efficit, quàm parùm ipsemet furtum committit. *arg. l. 1. princ. § 3. l. 52. §. 19. ff. l. 6. Cod. de furtis.* ergo in tali casu successor singularis rem mobilem usucapere potest, si usucapionem velit à personâ propriâ inchoare.

Dico III. Mala fides authoris, rem immobilem ignorante Domino alienantis, in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet successorì singulari proximo, ita, ut hic nè quidem à propriâ personâ usucapionem possit incipere. Ita *Haunold ubi suprâ n. 215. Brunnemann ad auth. malæ fidei. Cod. de præscript. longi temporis n. 4.* Probatur ex *nov. 119. cap. 7. indeque desumptâ auth. malæ fidei. Cod. d. t.* ubi

stinguitur, ac referre dicitur, utrùm à vero malæ fidei possessore rem bonâ fide acceperis sciente Domino, an ignorante: statuiturque, quòd in casu priore locum habeat præscriptio longi temporis, in posteriore autem præscriptio longi temporis cesset, & præscribenti necessaria sit præscriptio 30. annorum: ergò mala fides authoris rem immobilem ignorante Domino alienantis in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet successori singulari proximo, ita ut hic nè quidem à propriâ personâ usucapionem possit incipere.

- 9 Objicies: Imperator in *d. nov. 119. c. 7.* generaliter & indefinitè de possidente rem alienam verbis expressis disposuit, noluitque possessorem rerum sibi donatarum vel emptarum posse dicere, se bonâ fide possidere, quando ipse à malâ fide possidente accepit: ergò non est facienda distinctio inter res mobiles & immobiles, quasi ad has solas *memorata authentica* pertineret. *R. cit. auth.* loqui de præscriptione 10 vel 20 annorum, quam non nisi ad res immobiles pertinere, aliundè notum est. Cum igitur jus antiquum corrigat, eoque nomine odiosa sit, ad res mobiles extendi non debet; neque in his mala fides authoris successori singulari in ordine ad præscriptionem à se inchoandam oberit.

- 10 Dico IV. Mala fides authoris, rem immobilem ignorante Domino alienantis, in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successori singulari mediato, si hic à personâ propriâ velit præscriptionem ordini. Ita *P. Engel de præscript. n. 16.* *Arnold Rath tract. de usucap. cap. 2. assert. 46.* *Christoph. Chlingensperg. tit. de usucap. quest. 11.* Probatur: ratio, cur aliàs mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam rei immobilis noceat successori immediato, in *d. nov. 119. c. 7.* hæc redditur, quia ipse malæ fidei possessor rem alienavit: atqui respectu successoris mediati

diati verum non est, quòd res à malæ fidei possessore in ipsam alienata fuerit, esto alienantis antecessor malam fidem habuerit, ergò &c.

Dices : Successor mediatus fingitur primi alienantis successor : ergò sicut successor immediato mala fides primi alienantis obstat in ordine ad præscriptionem ordinariam, ita quoque obstabit successor mediato. *Rz. in legibus, præsertim correctoriis, malam fidem de propriè dictâ, non de fictâ malâ fide accipi debere.*

Dico V. Mala fides authoris rem à se hypothecatam distrahentis, in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successor singulari. Ita *Haunold n. 216. P. Engeld. n. 16. Rath d. c. 2. assert. 47. Brunnemann ubi suprâ n. ult. Negusantzius de pign. membr. 2. sextæ partis principalis n. 2.*

Antequàm probetur assertio, lubet pro majori claritate casum ejus ponere ; est autem iste : in securitatem mille florenorum, quos mihi mutuasti, obligavi tibi pignora, ea-que postea malâ fide vendidi Sempronio. Hunc post decem annos hypothecariâ convenis actione. Quæritur, an rectè ? num verò Sempronius exceptione præscriptionis longi temporis se defendere possit ? quod posterius nunc probatur : inhærendo juri antiquo in *l. 1. § 2. Cod. si adversus creditorem præscriptio opponatur.* Potest Sempronius exceptione præscriptionis se defendere : ergò potest se etiam defendere inspecto jure *novellæ 119. c. 7. indeque desumptæ auth. malæ fidei. Cod. de præscript. longi temporis ;* quia loca ista nominatim loquuntur de præscriptione domini, adeoque tanquàm exorbitantia & correctoria juris veteris ad jura hypothecarum extendi non debent.

Dico VI. Mala fides authoris immediato successor universali usque adeò nocet in ordine ad præscriptionem ordinariam, ut nè quidem à personâ propriâ incipere eandem possit. Ita *P. Haunold ubi suprâ n. 208. § 211. P. Ill-*

*fung Theol. pract. tr. 4. disp. 2. q. 5. art. 3. n. 304. P. Pirhing de præscript. n. 68. P. Engel d. n. 16. Mol. d. disp. 65. n. 4. Casparus Klockius tom. 2. consil. 26. n. 19. Rath d. c. 2. assert. 50. Schambog. §. 7. de usucap. q. 4. Vinn. ibid. n. 5. Sutholt dissert. 6. aphor. 29. Clariss. D. P. Schmied d. §. 6. n. 76. Probatur ex variis juris textibus, puta, l. II. ff. de divers. temporal. præscript. l. ult. Cod. communia de usucapionibus. l. II. Cod. de acquir. & retin. possess. in quibus locis absolute dicitur, hæredem usucapere non posse, quod defunctus non potuit: ergo mala fides authoris immediato successori universali absolute nocet in ordine ad præscriptionem ordinariam: ergo nè quidem à personâ propria incipere eandem potest. Confirmatur: hæres repræsentat defunctum, ac personam ejus sustinet. l. 22. ff. de usurpat. ergo si possessio defuncti ad usucapionem fuit inidonea, erit quoque possessio hæredis; neque enim hæres titulum possessionis immutare sibi potest. l. 3. §. 19. ff. de acq. vel amit. possess. l. 33. §. 1. ff. de usurpat. l. 3. §. 1. ff. pro hærede. Roboratur discursus: constat, in ordine ad præscriptionem differre successorem universalem & singularem: atqui de hoc *suprà* n. 6. responsum est, ei non nocere malam fidem authoris, nisi ejus accessione uti velit: & facit huc textus in l. 13. §. 1. ff. de acq. vel amit. poss. ergo universali nocbit mala fides authoris, esto ejus accessione uti nolit. Zoës. ff. de usurpat. n. 62. Brunneemann ad d. l. 3. ff. pro hærede in f. Bachov. J. de usucap. §. 7.*

- 14 Objicies: si mala fides authoris immediato successori universali usque adeò noceret in ordine ad præscriptionem ordinariam, ut nè quidem à personâ propriâ incipere eandem posset, tunc hæres, putans, rem quamdam ex hæreditate esse, cum non sit, eandem usucapere non posset. Atqui hoc est contra apertum textum in d. l. 3. ff. pro hærede vel pro possessore: ergo &c. Vinnius ubi *suprà* respondet, ponendo duos casus: unum, quo ipse defunctus rem habuit penes

penes se citrà ullum titulum habilem ad transferendum dominium, & ex Domini voluntate, tanquam alienam tenuit, puta, ex commodato, deposito, locato, aut contractu id genus alio. Alterum, quo initium defuncti vitiosum fuit, quia rem, quam sciebat esse alienam, tanquam suam, v. g. ex emptione, donatione, aut alio simili titulo ad transferendum dominium habili, malâ fide possedit. Priore casu, ait *cit. Vinnius* nullum vitium est in defuncto, ergò nec poterit nocere hæredi. *d. l. 3. ff. pro hærede & c.* Posteriori verò censetur hæres, tanquam una cum defuncto persona, cum eodem vitio possedisse, proindeque rem tempore ordinario præscribere nequit. Sed displicet hæc distinctio, quia supponit, nudum titulum pro hærede sufficere ad usucapionem, cujus contrarium proponitur à Diocletiano & Maximiano in *l. ult. Cod. de usucap. pro hærede, & l. 4. Cod. de præscript. longi temporis.* ubi negant, usucapionem procedere, si titulus specialis & proprius deficiat. Ratio est, quia nudus titulus pro hærede meram inducit continuationem jurium, quæ defunctus habuit: ergò nudus titulus pro hærede non inducit usucapionem. Idipsum satis insinuavit Justinianus in §. 4. *J. de usucap.* dum ibidem dixit, usucapioni locum esse, si rem defuncto commodatam, aut locatam, hæres bonæ fidei, ignoranti vendiderit: ergò in personâ ipsius hæredis usucapioni locus non est. Expedior responsio est, quam dat *D. Schambogen d. §. 7. J. de usucap.* nimirum in *l. 3. ff. pro hærede*, opinionem plerorumque referri, non approbari. Confer *Clariss. Collegam D. P. Franciscum Schmier in prælaudato tract. de præscriptionibus d. §. 6. n. 82.* ubi ait, ex *d. l. 3.* ideo nihil in contrarium concludi, quia textus ille nullam mentionem facit malæ fidei, quâ defunctus rem illam possederit.

Dico VII. Si defunctus initio fuit in bonâ fide, potest hæres usucapere, esto defunctus postea scientiam acqui-

fierit rei alienæ. Ita videntur sentire omnes ii, qui *infra n. pen.* nobiscum sustinent, quòd mala fides authoris non noceat successori universali in ordine ad præscriptionem extraordinariam. Prob. I. Mala fides auctori superveniens non noceat hæredi jure civili §. 12. *J. de usucap.* Ergò neque nocet jure canonico, quia jus civile hoc in passu non est correctum à canonico. Confirmatur: jus civile in

tantum est correctum à canonico, in quantum iniquitatem continet: sed in ordine ad personam hæredis, præscribere volentis, iniquitatem nullam continet, quia hæres supponitur esse in bonâ fide: ergò hætenus non est correctum à canonico. Prob. II. Quando defunctus toto tempore

fuit in bonâ fide, jus præscribendi transmittitur ad hæredem: ergò transmittitur etiam, quando initio fuit in bonâ fide. Ideò enim in casu priore jus præscribendi transmittitur, quia transmissio hæc immunis est à peccato: atqui etiam transmissio posterior immunis est à peccato, quia hæres supponitur esse in bonâ fide: ergò etiam in casu posteriore jus præscribendi transmittitur ad hæredem.

16 Objicies I. Defunctus ob supervenientem malam fidem non potuit præscribere: ergò neque hæres poterit.

R. dist. antec. Defunctus ob supervenientem malam fidem non potuit præscribere, jure canonico, esto. jure civili, nego. *d. §. 12. J. de usucap. l. 48. §. 1. ff. de acq. rerum dom. l. 10. princ. ff. de usurpat. l. un Cod. de usucapion. transform.*

Instabis: jus civile, in quantum præscriptionem admittit cum mala fide, est correctum à jure canonico in *c. 5. §. ult. de præscript. c. 2. de R. J. in 6.* ergò si defunctus non potuit usucapere jure canonico, neque poterit jure civili.

R. disting. antecedens, jus civile, in quantum præscriptionem admittit cum malâ fide, est correctum à jure canonico secundum quid, concedo, simpliciter, nego antec.

& con-

& consequentiam. Jus civile in tantum est correctum à canonico, in quantum iniquitatem continet. At, dum concedit, ut hæres, in bonâ fide constitutus, usucapere possit, quod defunctus non potuit, iniquitatem nullam continet : ergò hætenùs non est correctum à jure canonico.

Urgebis : Jus civile, in quantum præscriptionem admittit cum malâ fide, quoad personam defuncti est simpliciter correctum : ergò jus præscribendi defunctus non habuit : ergò neque transmittere potuit ad hæredes, quia non entis nullæ sunt qualitates. R. distinguendo consequens, ergò defunctus jus præscribendi non habuit, si præscriptio præcisè consideretur in ordine ad defunctum, & in quantum est proficua defuncto, concedo. Si consideretur in ordine ad personam hæredis, ac in quantum est proficua hæredi, nego consequentiam. Diverso respectu verum est, quòd defunctus non habuerit jus præscribendi, & quòd habuerit. Non habuit, si præscriptio consideretur in ordine ad personam ipsius defuncti, ac in quantum est proficua defuncto. Habuit, si præscriptio præcisè consideretur in ordine ad personam hæredis, & in quantum est proficua hæredi. Dum enim admittit jus civile, ut procedat præscriptio ex personâ defuncti in ordine ad hæredem, iniquitatem nullam continet, adeoque hætenùs non est correctum à jure canonico.

Objicies II. Si defunctus fuit in malâ fide, etiam hæres censetur esse in malâ fide, quia repræsentat defunctum, ac eadem censetur persona cum defuncto. *l. 22. ff. de usurpat.* ergò hæres æquè parùm præscribere potest, ac defunctus potuit. R. dist. antec. si defunctus fuit in malâ fide, etiam hæres censetur esse in malâ fide fictâ, esto, verâ, nego antec. & conseq.

Instabis : mala fides vera impedit præscriptionem : ergò etiam ficta. R. neg. conseq. disparitas est, quia

mala fides ficta non inducit peccatum iniustitiæ, cum quo non currit præscriptio *d. c. ult. de præscript.* econtrà mala fides ficta non inducit peccatum iniustitiæ, quia stat cum invincibili ignorantia rei alienæ, adeoque nec præscriptionem impedit.

Urgebis : hæres ignoratione suâ excludere non potest vitia defuncti *l. 11. ff. de divers. temporal. præscript.* ergò si defunctus ob malam fidem præscribere non potuit, neque hæres poterit. *R.* disting. consequens. ergò si defunctus ob malam fidem præscribere non potuit jure tam civili, quàm canonico, neque hæres poterit, esto : si tantum non potuit jure canonico, nego consequentiam.

Instaurabis argumentum : quando defunctus toto tempore fuit in malâ fide, hæres præscribere non potest, esto tantum sit in malâ fide ficta : ergò neque præscribere poterit, quando defunctus aliquo tempore fuit in malâ fide.

R. negando consequentiam. disparitas est, quia dato, quòd defunctus toto tempore fuerit in malâ fide, neque præscribere potuit jure civili, neque canonico, adeoque jus præscribendi transmittere non potuit ad hæredem.

Econtrà quando initio fuit in bonâ fide, præscribere potuit jure saltem civili, atque adeò jus præscribendi transmittere potuit ad hæredem, cum transmissio hæc immunis sit à peccato.

- 17 Dico VIII. Mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successorì universali mediato, quo minùs hic, sive hæres suus sit, sive non suus, eandem à personâ propriâ possit incipere, Ita de non suo sentiunt *Molina d. disp. 65. n. 9. Haunold ubi suprà n. 209. Illung d. art. 3. n. 307. Pirhing de præscript. n. 70. Covar. ad c. possessor malæ fidei. de R. J. in 6. p. 2. §. 5. in f. §. 9. n. 6. Schambog. d. §. 7. q. 5.* De suo quoque *Lessius de J. & J. lib. 2. c. 6. dubit. 13. n. 43. Castropalao apud Illung cit. loc. Fach. 6. controuv.*

controv. cap. 11. Struv. in evolut. contr. exercit. 43. th. 33. Colendiss. D. P. Collega Schmier d. §. 6. n. 79. Probatur assertio primò quoad hæredem non suum. Ideò mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet immediato successorì universali, ita ut ne quidem à personâ propriâ eandem incipere possit, quia successor talis est hæres defuncti, propter quod jura possessionem successoris, esto intrinsecè bonam, propriâ tamen fidei bonitate gaudere nolunt, sed fide authoris, quæ proinde extrinsecè per fictionem juris etiam successoris fidem malam reddit. *l. pen. Cod. de acquir. & rerin. possess.* At hæres hæredis tam parùm censetur primi defuncti hæres, quàm parùm socius socii mei est socius meus. *l. 20. ff. pro socio. l. 47. §. un. ff. de R. J.* & duplex fictio juris in eadem re, & ex eodem capite, quale est repræsentatio mali authoris, tam parùm admittitur in jure, quàm parùm in physicis umbra umbram facit. Ergò mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam non nocet successorì universali mediato, seu hæredi non suo, quo minùs hic eandem à personâ propriâ possit incipere. Probatur assertio secundò quoad hæredem suum. Hæredes mediati non sui possunt ordinariam præscriptionem à personâ propriâ ordiri, juxtà mox probata: ergò etiam hæredes mediati sui, ut qui illis in jure notoriè sunt favorabiliores. Sed contrà priorem asserti partem

Objicies I. *Hæredis appellatio non solum ad proximum hæredem, sed & ad ulteriores refertur: nam & hæredis hæres, & deinceps, hæredis appellatione continetur: sunt verba Ulpiani in l. 65. ff. de V. S.* ergò si mala fides authoris in ordine ad præscriptionem ordinariam nocet successorì universali immediato, nocebit etiam mediato, seu hæredis hæredi.

R. textum in *d. l. 65.* in præsentì odiosâ materiâ, ubi hæres propter alienam culpam plectitur, non procedere. Vid. *D. Rath, d. c. 2. assert. 51. inf.*

Objic. II. Obligatio restitutionis orta ex delicto, si-
ve malâ fide defuncti, transit etiam ad hæredem mediatum,
non obstante ejus bonâ fide, cum generatim hæres univer-
salis, sive immediatus, sive mediatum, ad omnia defuncti de-
bita saltem juxtâ vires hæreditarias teneatur. Ergò neque
hæres mediatum mediante præscriptione dominium rei ac-
quirere potest.

R. neg. conseq. ex eo, quòd quis tenea-
tur ad tantundem refundendum, aut rem ipsam, sicubi ex-
stat, restituendam, malè infertur, actori contrâ hæredem
præscribentem, aut contrâ alium, ad quem res fortè perve-
nit, rei vindicationem competere : cum hæc duo benè si-
mul consistent, fieri Dominum rei, & ex justitiâ teneri satis-
facere pro injuriâ per acquisitionem dominii illatâ, prout
fit, si emam equum, qui mihi scienti, jam alteri obligatum
esse, tradatur. Confer *D.P. Schmier d. §. 6. n. 80. §. 85.*

Contrâ posteriorem partem asserti

Objicies III. cum *Hunnio var. resolut. lib. 2. tr. 3. q. 9. §. in Treutl. vol. poster. disp. 22. th. 5. q. 36.* textum in *l. 2. §. ult. ff. pro hærede.* ubi Julianus refert Servium, negan-
tem, quòd filius rem sibi à patre donatam pro hærede usu-
capere possit : atque, huic consequens esse, ut filius à pa-
tre hæres institutus res hæreditarias à patre sibi donatas,
pro parte cohæredum usucapere non possit. Undè sic ar-
gues : si hæres mediatum suus præscriptionem ordinariam
à personâ propria incipere posset, deberet id fieri mediante
titulo pro hærede, cum præscriptio ordinaria requirat titu-
lum. Atqui mediante titulo pro hærede non potest præ-
scriptionem ordinariam incipere. *d. l. 2. §. ult.* ergò hæres
mediatus suus præscriptionem ordinariam à personâ pro-
priâ incipere non potest. R. distinguendo minorem, ab-
solutè non potest, nego : in casu oppositæ legis 2. concedo.
Ex quâ causâ seu titulo quis rem possidet, ex eâdem usucapit.
Cum igitur in *d. l. 2.* filius res sibi à patre donatas titulo do-
nationis

nationis naturaliter saltem *arg. l. 1. §. 4. ff. de acq. vel amit. possess.* Possidere cæperit vivo patre, non potuit postea illo mortuo easdem incipere possidere titulo pro hærede (cùm nemo causam possessionis sibi mutare possit *d. l. 2. §. 1.* consequenter nec pro hærede usucapere. Certè nisi hæres mediatius suus titulo pro hærede usucapere posset, domitiana quæstio resoluta esset à Servio, dùm negavit, filium in casu, quo possessionem ex aliâ causâ, quàm pro hærede nactus erat, pro hærede usucapere posse. Plus enim, quàm ridiculum fuisset dubitare (verbis utor Celsi in *l. 27. ff. qui testamenta facere possunt*) an filius in casu donationis usucapere possit pro hærede? cùm idem absolutè pro hærede usucapere non posset.

Objic. IV. textum in *l. 2. Cod. de usucapione pro hærede*, ubi Imperatores Diocletianus & Maximianus magis obtinuisse ajunt, quòd nihil pro hærede usucapi possit suis hæredibus existentibus. Ergò hæredes sui sibi non possunt usucapere. *R.* neg. conseq. verba legis, *suis hæredibus existentibus*, non in dativo, sed ablativo sumi debent, ut sensus sit, alios non posse usucapere titulo pro hærede contrà hæredes suos. Quamdiu enim suppetunt hæredes sui, ad quos ea res pertinet, tamdiu alius caret titulo pro hærede, ob cuius defectum tempore ordinario usucapere nequit. Atque sensus iste conformis est verbis, quibus memorati Imperatores utuntur in *l. 2. Cod. unde liberi*, ubi dicunt, *ex testamento vel ab intestato existente filio vel nepote suo hærede, nemo potest ab intestato hæres existere.*

Objic. V. Hæres immediatus non potest à personâ propriâ ordiri præscriptionem ordinariam, quia destituitur legitimo titulo pro hærede, cùm sit hæres mali authoris: atqui etiam hæres mediatius suus destituitur legitimo titulo pro hærede: cùm enim ex decessoris sui, seu immediati hæredis titulo possessionem ejus continuet *arg. l. 11. ff. de liberis &*

posthum. non habet titulum possidendi distinctum à titulo hæredis immediati : ergò etiam hæres mediatuſ suus non potest à personâ propriâ ordiri præscriptionem ordinariam.

R. I. negando causalem majoris. Hæredi immediato in ordine ad præscriptionem ordinariam non obstat defectus tituli (habet enim rem titulo successionis hæreditariæ) sed defectus bonæ fidei, seu quia quantum ad malam fidem fingitur una eademque persona cum defuncto, quæ fictio se non extendit ad hæredem mediatum suum, cum jure duplicem fictionem ex eodem capite non admittant.

R. II. ad minorem, negando, quòd hæres mediatuſ suus continuet possessionem sui prædecessoris : neque enim hoc dicit textus in *d. l. ii.* ubi fictione juris hæredi suo ob futuram necessariam successionem saltem tribuitur idem dominium, quod decessori ; eadem possessio non etiam ; Confer *Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 22. th. 5. lit. H.* & *Ferdinand. de Castro Palao oper. moral. parte 7. tr. 20. disp. un. punct. 22. §. 9. n. 6.*

19 Dico IX. Mala fides authoris non nocet successorì universali in ordine ad præscriptionem extraordinariam. Ita *Covar. d. §. 9. n. 4.* *Illsung. d. art. 3. n. 308.* *D. Chlångensperger Inst. de usucap. q. 12.* *Bachov. d. th. 5. lit. A. & B.* *Brunne-mann ad l. ii. ff. de divers. temporal. præscript. Vasquius lib. 2. controuv. illustr. cap. 73. n. 8.* *Castrensis vol. 2. consil. 126. n. 27.* & seq. *Clariss. D. P. Schmier d. §. 6. n. 83.* *Dynus, Bartolus, Ægidius à Bellamera & alii apud Lessium d. dubit. 13. n. 42.*

Probatuſ : de jure civili mala fides authoris non nocet successorì universali in ordine ad præscriptionem extraordinariam : ergò neque nocet de jure canonico. Antecedens constat ex eo, quia inspecto jure civili in ordine ad præscriptionem extraordinariam bona fides nè quidem ab initio requiritur. *l. 3. 4. & pen. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum. l. 1. §. 1. Cod. de annali except.* ubi nec furti, nec vi bono-

bonorum raptorum, nec cujuscunque alterius actionis personalis vita ultra 30. annos extenditur. Consequentia probatur : Jus canonicum veram duntaxat malam fidem, quæ cum peccato injustitiæ conjuncta est, sustulit in *cap. ult. de præscript.* ibi in princ. *quoniam omne, quod non ex fide, peccatum est.* & ibi ad f. *omni constitutioni & consuetudini derogandum, quæ absque mortali peccato non potest observari.* ergò jure canonico in ordine ad præscriptionem extraordinariam mala fides authoris non nocet successori universali, quia in hoc, utpotè rem alienam esse, sincerè & à parte rei ignorante, non datur, nisi ficta mala fides, quæ cum peccato injustitiæ nullatenus conjuncta est.

Objicies cum *Hauoldo ubi suprà n. 214. Pirhing n. 2072. Mol. d. disp. 65. n. 4. P. Engel de præscript. n. 16. D. Rath d. c. 2. assert. 51. Fach. 1. contr. c. 66. & 8. contr. c. 27.* Primò: hæres in judicio animæ saltem pro viribus hæreditariis tenetur exonerare conscientiam defuncti, ut valeat is à peccato liberari. *c. si episcopum 3. caus. 16. q. 6. c. f. de sepulturis. c. 5. de raptoribus. c. 9. de usuris.* at non teneretur exonerare conscientiam defuncti, si in foro externo tam ecclesiastico, quàm sæculari, mediante præscriptione dominium rei acquireret. Ergò hæres ob malam fidem defuncti dominium rei nullâ temporis præscriptione potest acquirere. *Vasquius ubi suprà n. 11.* respondet ad majorem, quòd, quàmprimùm hæres præscriptionem rei perfecit, sicque ejus dominium quæsiivit, obligatio restitutionis evanuerit, & conscientia defuncti fuerit exonerata. Prætereà, quod semel factum est, infectum esse non posse, sicque peccatum, à defuncto semel commissum, ab hærede infectum fieri non amplius potuisse. Adhæc non teneri defunctum ad restitutionem rei præscriptæ, cum ipse nec dominium rei vero Domino abstulerit, nec etiam eam præscribere cæperit, sed demùm post mortem illius, & aditam hæreditatem, & apprehensam pos-

sessionem ab hærede initium cæperit præscriptio, & progressum, & consummationem. Hæc *Vasquius*. Ego R. negando minorem: nam benè simul consistunt, in foro externo per præscriptionem dominium à bonæ fidei possessore acquiri, eumque ad restitutionem ex alio capite obligari, prout in simili respondimus suprâ ad secundam objectionem, contra assertionem immediatè præcedentem n. 18. Confer *Molin. de J. & J. tr. 2. disp. 42. & Nos ad lib. 2. Inst. Tit. 1. p. 2. §. 3. n. 22. & seq.*

Objic. II. Textum in l. 8. *Cod. de usufructu & habitatione* &c. ubi Imperatores rescribunt, quòd neque usufructuarius ad obtinendam proprietatem rerum, quarum usufructum habet, neque successores ejus, ulla temporis ex eâ causâ tenentes præscriptio muniat. Ex quâ lege sic oppones: titulum defuncti ad præscribendum inhabilem non potest mutare hæres, & ideò non potest ex propriâ personâ præscribere, quod defunctus non potuit *d. l. 8.* ergò cum etiam hæres non possit mutare malam fidem defuncti, non poterit ex personâ propriâ præscribere, quod defunctus non potuit. R. negando consequentiam. Ratio diversitatis est, quod ad omnem ordinariam præscriptionem (de quâ opposita *lex 8.* loquitur) utroque jure requiratur titulus: cum igitur hæres ibidem proprietatem tenuerit ex titulo ipsius defuncti, hicque ad usucapiendum fuerit inhabilis per §. 4. *J. per quas personas cuique acquiritur. l. 10. in ff. de acq. rerum dom. l. 12. princ. l. 49. princ. ff. de acq. vel amit. possess.* hinc non potuit hæres ex propriâ personâ præscribere, quod defunctus non potuit. Econtrâ ad præscriptionem extraordinariam de jure civili nè quidem requiritur bona fides: quod licèt mutaverit Jus canonicum, non tamen mutavit in ordine ad malam fidem fictam hæredis, utpotè cum peccato injustitiæ non conjunctam. Deindè non tenet hæres rem ex fide defuncti, quæ mala est, sicut in *d. l. 8.*

d. l. 8. tenet ex titulo defuncti, qui nullus est, & ad præscriptionem insufficiens, sed præscribere contendit nomine proprio, & suâ fide, quæ verè bona est. Vid. *Brunnemann ad d. l. 8. Cod. de usufructu &c. Rath d. tr. de usucap. c. 3. assert. 26. Covar. d. §. 9. n. 3. Hunn. var. resolut. lib. 2. tr. 4. q. ult.*

Obji. III. Ideò de jure civili mala fides defuncti nocebat hæredi in ordine ad præscriptionem ordinariam, quia ad hanc saltem ab initio bona fides erat necessaria. *l. 48. §. 1. ff. de a. r. d. l. 10. pr. ff. de usurpat.* quæ per malam defuncti fidem videbatur excludi. *l. 11. ff. de divers. temp. præscript. l. ult. Cod. communia de usucap. l. 11. Cod. de acq. & retin. poss.* ergò de jure canonico mala fides defuncti nocebit hæredi etiam in ordine ad præscriptionem extraordinariam, quia etiam ad hanc de jure canonico necessaria est bona fides. *c. ult. de præscript.* quam mala fides defuncti excludit. R. Neg. conseq. & quòd in ordine ad præscriptionem extraordinariam vera bona fides hæredis per malam fidem defuncti excludatur, seu, quòd ob veram malam fidem defuncti vera bona fides hæredis de jure canonico fingatur mala. Sciendum enim, quòd fictiones restringi, & ultrà casus expressos extendi non debeant. *Tabor in thesauro locorum communium lib. 6. c. 13. axiom. 4.* esto igitur à jure civili bona fides hæredis fingatur mala, eique expressè tribuatur vis impediendi præscriptionem ordinariam, vis tamen hæc sine expresso juris civilis & canonici textu produci non debet ad præscriptionem extraordinariam, utpotè in multis aliis articulis præ ordinariâ privilegiatam.





QUÆSTIO XVI.

Quid sit tortura ? an ad Imperium merum, vel mixtum pertineat ? quæ personæ ab eâdem eximantur ? & an secunda tortura nunquam absque novis indiciis repeti possit ?

SUMMARIA.

1. Statuitur duplex modus procedendi in judicio publico, per viam inquisitionis, & per viam accusationis.
2. Vox quæstionis in jure tripliciter accipitur.
3. Exponitur definitio quæstionis.
4. Dividitur quæstio in primam & ulteriorem.
5. Item juxta aliquos in levissimam, levem, gravem, & gravissimam; vel secundum alios in levio-rem, & gravissimam.
6. Rursus scinditur à nonnullis in propriam & impropriam seu præparatoriam.
7. Probat, torturam esse justum & licitum modum eruendæ veritatis.
8. Diluuntur contraria.
9. In quæstione, an quæstio pertineat ad imperium merum, vel mixtum? tres referuntur sententiæ.
10. No.

10. *Nostra eandem Imperio mero adscribit.*
11. *Evertuntur fundamenta dissentientium.*
12. *At torturâ immunes sunt furiosi.*
13. *Impuberes, esto pubertati proximi.*
14. *Muti, & surdi, sed non sine distinctione.*
15. *Qui linguam sibi amputavit, nè torqueri possit, potest torqueri, si literatus fuerit.*
16. *Econtra torturæ subjici nequeunt senes.*
17. *Valetudinarii.*
18. *Mulieres prægnantes.*
19. *Explanatur textus in l. ult. ff. de quæstionibus.*
20. *Præter enumeratas personas à severâ indagatione olim liberierant Præfectus pratorio, Præfectus urbi, Quæstores, Consules &c.*
21. *Hodie liberi sunt Principes, Duces, Marchiones, Comites, Barones.*
22. *Milites in ordinibus positi.*
23. *Etiam nostri temporis.*
24. *Non autem erronei.*
25. *Nobiles ob dignitatem torqueri prohibentur.*
26. *Similiter Doctores, Licentiati & Advocati.*
27. & 29. *Vindiciæ memorati privilegii.*
28. *Quod nec consuetudine contrariâ sublatum est.*
30. *Ab interrogatione dignitas non eximit.*
31. *Prodigi torqueri possunt.*
32. *Sicut & minores 25. annis.*
33. *Similiter cæci; sed tamen cum temperamento.*
34. *Itidem Nobiles, Doctores, Licentiati & milites in delictis exceptis, ac casibus quibusdam aliis.*
35. *Nec non clerici torqueri possunt.*
36. *Objectum torturæ constituunt crimina capitalia & atrocia.*

37. *In causis civilibus, vel in delictis civiliter intentatis regulariter tortura locus non est.*
 38. 39. 40. & 41. *Expenduntur requisita tortura.*
 42. *De diversis tormentorum generibus agitur remissivè.*
 43. *Adducuntur authores, sustinentes, secundam torturam absque novis indiciis nunquam repeti posse.*
 44. *Attexuntur alii, repetitionem saltem tunc admittentes si priora indicia fuerint multum urgentia, indubitata, gravissima, evidèntia & manifesta.*
 45. *Quorum sententia probatur.*
 46. *Et argumenta contraria enervantur.*
 47. *Statuitur finis torturae.*
 48. *Et ejusdem effectus.*

I **M**odus, quo proceditur in publico judicio, variat, & alius est, si procedatur per viam inquisitionis, alius, si per viam accusationis. Processus inquisitionis locum habet, si horrida vox accusatoris conticescat, fama autem de commisso graviore delicto reum accuset, ac in crimen velut inscribat; tunc enim judex ex officio tum in delictum, tum in criminolum inquit, ac, si notitiam ejus acquisiverit, in vincula abduci jubet, processum eidem format, sique nocens repertus fuerit, poenâ promeritâ castigat. Processus posterior exordium suum ducit ab accusatione, cujus telam qui semel orsus est, pertexere tenetur. Quòd si tergiversetur, ac desistat, in poenam incidit S^ci Turpilliani, ac infamiâ notatus s. libras auri persolvere jubetur. l. 3. §. ult. l. 4. ff. de prævaricatione. l. 1. §. 7. ff. ad S^ctum Turpill. Sed hoc ita, si abolitio non intervenerit, hoc est, si reus à crimine exemptus non fuerit. Nam exemptio hæc, uti reum, sic accusatorem etiam à poenâ immunitatem reddit. l. 1. §. 3. ff. d. t. l. 2. Cod. de abolitionibus. & ibi Perez n. 2. Confer Stryk de præscript. crim. sect. 2. §. 9. Bocér. class.

class. 6. disp. 38. rh. 77. & seqq. Accusationi succedit citatio rei absentis. Absentem enim & inauditum damnari, æquitatis ratio non patitur; nam satius est, impunitum relinqui nocentis facinus, quàm innocuum puniri. *l. 1. princ. ff. de requirendis vel absentibus damnandis.* Si reus citatus se non sistat, bona ejus annotantur. Annotationem hanc si contemnat, & intra annum non compareat, res annotatæ publicantur, ac fisco transcribuntur. *l. 2. Cod. de requirendis reis.* Quòd si reus compareat, & crimen obiectum neget, ac præfractâ fronte inficietur, tunc, siquidem crimen atrox sit, & reus indiciis non levibus oneretur, ac persona talis sit, quæ torqueri possit, & veritas aliter haberi nequeat, ad quæstionem decurritur.

Vox quæstionis in jure nostro variè sumitur. I. 2
Pro dubitatione ex jure vel facto ortâ. *l. 16. in f. ff. de statu hominum. l. 1. §. 1. ff. quæ res pignori &c. l. 2. §. 7. ff. de donat. l. 1. §. 4. ff. ad SCtum Turpill.* II. Pro judicio publico. Sic dicitur Cornelius Sylla publicas quæstiones, id est, publica judicia constituisse, velut de falso, de parricidio, de sicariis. *l. 2. §. 32. ff. de O. J.* III. Et in proposito pro interrogatione de crimine, quæ fit per tormenta. *l. 15. §. 41. ff. de injuriis.* Quamvis enim quæstio propriè non sit tortura, sed interrogatio facta super aliquo crimine, quæ quâ talis sine omni corporis dolore fit. *l. 9. §. 1. l. 17. pr. l. 21. ff. de quæst.* Tortura verò sit ipse actus torquendi, & pars quæstionis, adhibeturque tanquam medium eruendi veritatem. *l. 10. l. 12. Cod. eodem.* Comuni tamen loquendi usu quæstio cum actu torturæ confunditur, diciturque in vernaculâ nostrâ *die peynliche oder scharffe Frage.*

Definitur, quòd sit interrogatio de crimine commisso per corporis cruciatus ad eruendam veritatem à iudice legitimè instituta.

Dicitur I. *Interrogatio.* Quo nomine passim ma-

Etatur in jure nostro. Nominatim in *d. l. 15. §. 41. ff. de injuriis. d. l. 9. §. 1. l. 17. pr. l. 21. ff. l. 6. 7. 9. 12. 13. 14. 15. l. ult. Cod. de quest.*

Dicitur II. *De crimine commisso.* Cùm enim tortura non ad probationem delicti, sed ad eliciendam rei confessionem adhibeatur, debet priùs de corpore delicti, seu de ipsius criminis perpetrati veritate constare, antequam ad torturam procedatur, per *l. 23. §. ult. §. 2. ll. seqq. ff. ad leg. aquil. l. 1. §. 24. ff. de SCto. Silan. l. 1. Cod. ubi causæ fiscales vel divina domus hominumque ejus agantur. Carpzov. operis crim. p. 3. q. 119. n. 55. §. seqq.* ubi tamen non requirimus, ut de corpore delicti semper constet per evidentiam facti, sed sufficit quandoque constare per conjecturas & indicia, ut in delictis facti transeuntis v. g. adulterio, stupro, sodomiâ, &c. quæ ulla vestigia post se non relinquunt. *Carpz. d. loc. n. 60. §. seqq. Joannes Zanger tract. de quest. seu tort. reorum in procem. n. 33. §. seqq.*

Dicitur III. *Per corporis cruciatus. d. l. 15. §. 41. ff. de injuriis. l. 1. §. 1. 7. §. 23. l. 2. l. 3. l. 4. l. 10. §. 1. l. 16. §. un. l. 18. §. 1. 2. §. 7. ff. l. 12. l. 16. l. ult. Cod. de quest.* Nuda igitur interrogatio, vel levissimum huc non pertinet, sed tunc primùm in præsentì quæstio intelligitur, cùm per vim & tormenta quæstio habita est, sunt verba Ulpiani in *d. l. 15. §. 41. ff. de injur.*

Dicitur IV. *Ad eruendam veritatem.* Finis enim torturæ est indagatio veritatis, an factum ab ipso accusato commissum fuerit; quæ si viâ aliâ, puta, per testes, propriam rei confessionem &c. haberi possit, quæstio cessat. *Joannes Salentinus Faust à Stromberg tract. de criminibus. cap. 18. pag. m. 216.*

Dicitur V. *à judice legitimè instituta.* Neque enim tortura pro arbitrio & desiderio accusatoris adhiberi debet, sed secundùm legis præscriptum, & ita, ut corpus rei vel inno-

nocen-

nocentiae, vel etiam supplicio maneat salvum. *l. 7. ff. de quest.*

Dividitur quæstio I. à vicibus in primam & ulterio- 4
rem. *Ord. crim. Caroli V. art. 58. ibi*: die peynliche Frage soll
nach Gelegenheit des Argwohns der Person / viel / oft / oder
wenig / hart / oder linder / nach Ermessung eines guten vernünft-
igen Richters fürgenommen werden.

II. A gradibus juxta aliquos in levissimam, levem, 5
gravem, & gravissimam. Secundum alios in levio-
riorem, & gravissimam; quos gradus iterum diversi-
modè explicant. *Ant. Matthæus de crim. ad tit. de quæstio-
nibus. cap. 2. de confessione extorta n. 2.* primum gradum tor-
turæ ait esse, cum reus equuleo impositus ita constringitur,
ut solæ fidiculæ dolorem causent: secundum, dum corpus
distenditur: tertium, cum etiam candentibus laminis, vel
ungulis bisulcis latera laniantur. *Ægidius Boss. apud Carp-
zovium d. p. 3. q. 117. n. 45.* dicit, primum gradum consistere
in territione, puta, in minis de torquendo, deductione ad
locum tormentorum, spoliatione vestimentorum, & levio-
ri quâdam ligaturâ. Alterum in elevatione rei, & quòd
per notabile temporis spatium teneatur in suspenso.
Tertium in ipsâ torturâ, quæ fit quassando, vel reo quassum-
dando, ut cum tortor semel iterumque ex arbitrio judicis
ictum acriter impingit funi, ex quo reus pendet. Sunt,
qui quinque gradus seu genera torturæ numerent. Ita *Fa-
rin. apud Ant. Matthæum d. loc. & Joan. Brunnemann in
repetit. paratitl. Wesenbecii tit. de quæst. n. 3.* in descriptione
graduum tamen discordes. Nam hic primum constituit
in territione verbali. Alterum in territione reali. Ter-
tium in inchoatione tormentorum. Quartum in medio-
cri torturâ. Quintum in extremâ. Ille verò primum
ponit in eo, quòd reus imponatur equuleo. Secundum, quòd
in eodem distendatur. Tertium, quòd diutius distenda-
tur.

tur. Quartum, quòd distendatur & quassetur. Quintum in eo, quòd distenti pedibus pondera appendantur. Prout etiam hìc Salisburgi hunc quintum gradum pro ultimo & gravissimo torturæ gradu haberi, testatur *D. Blumlach. ad Constit. crim. Caroli V. art. 45. n. 8.*

- 6 *Carpzov. d. q. 117. n. 47. § seqq. ac cum eo Eckolt. ff. de quæst. §. 3. § 4.* Dividit quæstionem III. in propriam & impropria sive præparatoriam. Hæc juxta ipsos, in ordine ad forum Saxonicum scribentes, consistit in territione seu minis de torquendo per carnificem : estque duplex, nuda, & realis. Nuda, vulgò verbalis dicta, *das blossе Vorstellen*/ est simulatio quædam carnificis nuda de torquendo reo, absque omni tactu & apprehensione ejus ; dum scilicet carnifex verbis & gestibus severioribus, ac ad torquendum usitatis irruit in inquisitum, perinde, ac si illum torquere, & prehendere veller. Hæc præparatoria torturæ species in sententionando hisce verbis innuitur : *den Gefangenen dem Scharffrichter vorzustellen/ und durch denselben/ als solte und wolte er ihn angreifen/ jedoch aber unangegriffen/ in Güte zu befragen.* Realis territio est, quando carnifex præter minas apponit manus, & qualequale torturæ initium facit, rei que corpus leviusculis tormentis affligit, ipsum denudando vestibus, ducendo ad scalam, tormenta in ejus conspectum ponendo, forcipes digitorum (vulgò die Daumstöcke) affigendo, & pollices aliquatenus comprimendo. Appellatur *das Vorstellen mit den Daumstöcken / oder mit den Schnuren.* Si scilicet carnifex manus rei non tam arctè constringat, sed vincire ac paululùm ligare tantummodò incipiat. Decerni solet hisce formalibus : *den Gefangenen dem Scharffrichter auf dise Maass zu untergeben / daß er ihn mag außziehen/ entblößen/ zur Leiter führen / die gewöhnliche Instrumenta vorzeigen/ auch / da es nöthig/ die Daumstöcke anlegen / oder mit denen Schnuren den Anfang machen.*
- Quæstio

Quæstio propria est ipsa tortura, in cruciatu corporis consistens ; cujus tres occurrunt gradus : primus ac infimus est, quando adhibitis funibus cruciantur rei , ut dum manus ipsorum retrò funibus arctissimè constringuntur ; quod etiam fit adhibitis pedicis, manibúsque ferreis , vel forcipibus digitorum, vulgò **das Hand, Fuß, und Bein, schnüren.** In sententiâ hisce formalibus indicatur : **daß Gefangener oder Inquisit mit peynlicher Frag/ jedoch gelinder Weise zubelegen.** Secundus & medius gradus dicitur, quando præter tormenta priora rei scalæ subjiciuntur, & violenta quâdam expansione omnium membrorum articuli distinguuntur & dilacerantur ; **wann Inquisit auf die Leiter gezogen/und gespannt/ oder gefoltert wird.** Exprimitur in sententiâ hoc modo : **den Gefangenen mit der Schärffe zimlicher Weise anzugreifen.** Tertius & summus torturæ gradus est, quando præter expansionem admittitur adustio rei vel candentibus luminibus, vel sulphure & igne corpori injecto, aut aliis modis. Significatur hisce formalibus : **den Gefangenen mit der Schärffe anzugreifen / und befragen zu lassen.** Hunc tertium & summum torturæ gradum, utpote atrocissimum & horribilissimum, in omnibus delictis indifferenter locum non habere, sed solummodo in criminibus nefandis & exceptis, indiciis multum urgentibus & certissimis occurrentibus, ita ut sola confessio deficere videatur, probè notat *Zanger de quæst. & torturis cap. 4. n. 10.* Cæterum advertit *Clariss. D. Blumlacher ad constit. Crim. Caroli V. d. art. 45. n. 6.* quòd territio realis, prout eandem describit *Carpzovius*, tortura propria sit, non præparatoria. Idque probat per textum in *l. 15. §. 41. ff. de injuriis*, ubi Ulp. ait, quòd per quæstionem intelligere debeamus tormenta, & corporis dolorem ad eruendam veritatem. Confer dicta superius *n. 3. in verb. dicitur 3.*

Causa efficiens quæstionis seu torturæ duplex est, 7

Rrr

proxi-

proxima, & remota. Remota sunt mores à Græcis inducti, à Romanis recepti, ac plerisque aliis gentibus non sine ratione probati, cum præter integros titulos ff. & Cod. de quæst. nec non passim Ord. Crim. Caroli V. manifesta quoqueratio probet, torturam servatis debitis conditionibus esse justum ac licitum modum eruendæ veritatis. Utique enim ille modus eruendæ veritatis in criminalibus justus est ac licitus, quo secluso infinites plures homines redderentur audaciores ad delinquendum, & incomparabiliter plura delicta manerent impunita, cum certissimâ perniciæ ac perturbatione Reipublicæ? atqui hoc indubitanter fieret seclusâ torturâ; eò quòd scirent homines, delicta sæpius non posse plenè probari sinè propriâ confessione; hanc autem sinè ejusmodi medio non nisi rarissimè obtinendam. Undè omninò censendum cum Lessio de J. & J. lib. 2. cap. 29. dubit. 17. n. 151. Hahn ad Wesenbec. ff. de quæst. n. 2. Hanedoësis exercit. Imp. 32. q. 15. Besoldo in thesauro pract. verb. penuliche Frag. pag. m. 687. penes Rempublicam residere potestatem, ut valeat in causis criminalibus introducere & usurpare modum eruendæ veritatis etiam per tormenta, si ea aliter obtineri non potest; ad cavenda plurima & gravissima mala, quæ sequerentur, si Respublica hac potestate destitueretur.

8 Dissentiunt Ludovicus Vives in Commentar ad S. Augustin. de civit. DEI. lib. 19. cap. 6. Wissenb. part. 2. Pandect. disp. 37. th. 13. Ant. Matth. d. tit. de quæst. cap. 5. pag. m. 724. Joan. Grevius apud Nicolaum Martini dissert. jurid. de jure senum cap. 3. §. 3. ubi remedium torturæ, tanquàm apertæ injustitiæ scenam, iniquitatis theatrum, crudelitatis aram, truculentæ officinam, genuinum diaboli foetum, & triste aliquod idolum, cui innoxiorum hominum sanguine, lachrymis & lamentis toties sit litandum, damnat atque rejicit.

Horum rationes an equuleum ferre possint? pau-

cis

cis explorabimus. Prima est : à naturali æquitate prorsus abhorret, cruciari quemquam & puniri, antequàm constet, nocentem esse ; cùm poena, tanquàm animadversio peccati, præsupponat peccatum. At per quæstionem cruciatur & punitur, qui necdum probatus est nocens , ergo &c.

Sed argumento hoc legitimus quæstionum usus nequaquam inhibetur : gemino enim errore laborat, dum imprimis supponit, quòd omnis poena supponat culpam ; cùm tamen ad justitiam poenæ sufficiat causa justa, licèt culpa defit. *arg. cap. 23. de R. J. in 6.* Deinde rursus falsum suppositum est, quòd quis sine causâ, imò sine prægnanti ratione, ad torturam rapi possit , prout patet ex *l. 8. ff. de quæst.*

Secunda : falsa plerumque dicendi causam præbent tormenta, sive durum & robustum, sive infirmum torseris. Robur enim mendacium facile facit, infirmitas necessarium. Itaque dolorem fugientes multi in tormentis ementiti persæpè sunt, morique maluerunt falsum fatendo, quàm ferre inficiando dolorem. Alii aut naturâ corporis, aut consuetudine dolendi vim tormentorum eluserunt. Undè Ulp. in *l. 1. §. 33. ff. d. t.* ait, quæstionem esse rem fragilem, & periculosam, & quæ veritatem fallat. Nam plerique patientiâ sive duritiâ tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit : alii tantâ sunt impatientiâ, ut quodvis mentiri, quàm pati tormenta velint. Parilia habet Cicero in *orat. pro sylia*, ubi inquit : *tormenta illa gubernat dolor, moderatur natura cujusque, cum animi, tum corporis regit quæsitior, flectit libido, corrumpit spes, infirmitas metus, ut in tantis rerum angustiis nihil veritati loci relinquatur.*

Verùm argumento hoc paralogismus committitur dicti secundùm quid ad dictum simpliciter. Quæstio

res fragilis est, & fidem non meretur, si legitima indicia & argumenta deficiant. *d. l. 1. pr. §. 23. ff. de quæst.* hæc si supponantur, efficacissimum requirendæ veritatis remedium pronuntiatur in *d. l. 8. inf. pr. ff. d. t.* ad exemplum juramenti, quod, requisitis suis instructum, maximum expediendarum litium remedium dicitur *l. 1. ff. de jurejurando & c.* quamvis minùs circumspectè adhibitum à prætore reprobetur in *l. 8. ff. de condit. instit.* Ciceroni opponitur Cicero, qui in *Topicis* veritatem ipsam dicere ait ea, quæ verberibus torti, & in igne fatigati dicunt.

Tertia : quæstionis habendæ causâ neminem damnandum esse, Divus Hadrianus rescripsit apud Paulum in *l. 21. ff. de quæst.* Sed quid tum ? usus quæstionum propterea prohibitus non est, sed præscriptum, tunc demum ad tormenta procedendum, cum suspectus est reus, & indicibus tam gravibus oneratur, ut sola confessio deesse videatur. Confer *l. 1. §. 1. l. 18. §. 3. l. 20. ff. d. t.*

Quarta : Imperator Justinianus in *nov. 134. cap. 13.* prohibet irrogari supplicia, quæ membrorum & articulorum dissolutionem post se trahunt. Atqui hoc fit in torturâ ; ergò prohibet torturam. At malè confundit finem pœnæ cum fine eruendæ veritatis, quisquis ita arguit. Imperator in memorato loco non prohibuit, nè tortura membrorum legitimo modo inferatur, sed noluit in finem pœnæ articulos dissolvi ; verba enim ita sonant : *Interdicimus alterutras manus aut pedes abscindi, aut hujusmodi quædam inferri supplicia, per quæ articuli dissolvuntur : quia membrorum dissolutio gravior est utriusque manûs abscissione.* Propter quod jubemus, siquidem tale aliquid delinquatur, unde leges mortem delinquentibus inferunt, secundum legum virtutem sustinere eum pœnas. Si verò tale fuerit crimen, quod morte dignum non sit, ipse aut castigetur, aut in exilium transmittatur. Si verò criminis qualitas membri abscissionem exigat

exigat fieri, unam solam manum abscindi &c. Confer Carol. Scharschmid exercitat. ad Novellas 23. th. 19. & seq. Rittershus. in exposit. earundem part. 13. cap. 2.

Quinta : Esto in sacro Codice plurimæ leges judi-
ciariæ inveniantur, nullum tamen exstat quæstionis vesti-
gium : ergo verisimile est, quæstionem ad indagandam
veritatem necessariam non esse. Sed falsum esse ante-
cedens, evincunt varia Scripturæ loca, ut *Num. 5. cap. vers.*
13. & seqq. Deuteron. 17. cap. vers. 4. Josue 7. cap. vers. 14.
Jona 1. cap. vers. 7. Matth. 18. cap. vers. 34. Luca 23. cap. ve.
14. Joan. 19. cap. vers. 4. Act. 12. cap. vers. 19. & 22. cap.
vers. 24. & 29. Et quid si tormentorum in sacris litteris
nulla fieret mentio, an eorum usus propterea improbandus
foret ? neuriquam profectò ! Secus enim infinitæ judi-
ciariæ leges variarum gentium, quarum nulla in sacris pagi-
nis memoratur, injustitiæ argui deberent ; quod tamen
nemo ausus fuerit.

Causa efficiens quæstionis proxima est judex tortu- 9
ram decernens. Ubi tres occurrunt sententiæ, quarum
prima sustinet, quæstionem, si adhibeatur in causa civili
gravi contra personam vilem ad eliciendum verum testimo-
nium, spectare ad imperium mixtum. Quòd si verò ad-
hibeatur in causa criminali ad eruendam veritatem crimi-
nis, ad imperium merum, ex ratione, quòd omnes illi actus
censendi sint meri imperii, qui tendunt ad legitimè & faci-
lius expediendam jurisdictionem criminalem. Ita distin-
guunt *Clariss. D. Braun p. m. tr. de Imperio mero & mixto.*
cap. 1. §. 4. n. 3. Clariss. D. Bassus disp. Jurid. de Jurisdictione
th. 12. n. 3. quibus adstipulari videtur *Brunnemann ad l. 8. ff.*
de quest. n. 3. ubi scribit, quòd, si quæstio in civile judicium
incidat, dubitari posset, an judex, qui tantum de civilibus
causis cognoscit, reum remittere debeat ad eum, qui juris-
dictionem criminalem habet ? cùm accessoria non sint se-

paranda à principali causâ. Quamvis *inf.* suadeat, ut, si in civili causâ à iudice vel collegio juridico tortura dictetur testi vacillanti, aut etiam reo in causa thesauri reperti, iudex civilis consensum superioris requirat.

Secunda sententia indistinctè vult, potestatem torquendi esse meri imperii, ac illi soli competere, qui jurisdictionem criminalem habet, die Ober-Hals- oder peynliche Gerichte. Ita tenent *Besold. in thesauro pract. sub verb. Hals-Gericht. §. tortura item. pag. m. 375. Et part. 5. consil. 233. n. 40. Gail. lib. 2. de pace publ. cap. 2. n. 16. Carpzov. d. q. 117. n. 21. Otto Tabor tr. de tortura Et indiciis delictorum cap. 3. th. 5. D. Fleck in bibliotheca Juris civil. lib. 6. tit. 11. n. 18.*

Tertia torturam in causa, tam civili, quàm criminali, mixto imperio adscribit, ex eo fundamento, quòd ea omnia sint mixti imperii, sine quibus vel in causâ civili, vel criminali, jurisdictio explicari nequit. *arg. l. 2. ff. de jurisdict.* Atqui casu quo reus plenè non convictus, sed suspicionibus saltem & indiciis gravatus est, tortura adhibetur in ordine ad cognoscendam veritatem. *arg. l. 8. §. un. Cod. de quest.* ergo tortura, utpote ad cognitionem causæ pertinens, ad mixtum imperium referri debet. Ita *Obrecht lib. 2. de Jurisdict. cap. 8. n. 15. Et seqq.*

10 Apud nos primas secunda obtinet, quæ probari potest ex *l. 8. pr. ff. de quæ.* ubi quæstio dicitur causæ criminalis accessio: atqui causa criminalis est meri Imperii. *l. 3. ff. de jurisdict.* ergò etiã tortura; accessio enim sequitur naturam sui principalis. *l. 178. ff. de R. J.* Idem expressè statutum est in der neuen peynlichen Landgerichts-Ordnung in Oesterreich unter der Enns part. 1. art. 1. ibi: Kan ein jedwederer Landgerichts-Herr/ auß unserer Macht in seinem Landgerichts-Bezirk/ Stöckholz/ Pranger und Galgen an geziemenden Orthen 2c. haben und erhöhen/ auch in denen peynlichen Sachen denen Ubelthätern nachstellen/ ihnen nachforschen/ sie ergreifen / gefänglich einziehen/

hen / güt, und wo es vonnöthen / NB. pöpnlich fragen &c.

Ad distinctionem primæ sententiæ fatemur quidem, ¹¹
quòd quandoque in causâ civili gravi, contra personam ob
suspectum vitæ genus vilem, ad eliciendum verum testi-
monium tortura adhiberi possit. *l. 21. §. 2. ff. de testibus. l. 9.
pr. ff. l. 10. l. 13. Cod. de quest. nov. 90. cap. 1. §. 1. can. in primis 7.
vers. testes autem in f. caus 2. q. 1.* At sciendum, id tunc de-
mum fieri posse, quando causa illa civilis turpitudinem in se
continet, & crimen annexum habet, prout dicunt *Hippol.
de Marsil. & Paulus Girland apud Carpzov. d. q. 117. n. 24*
quo casu iste putat, causam non tam pro civili, quam cri-
minali habendam esse. Quod ampliùs explicat *Tabor d. tr.
cap. 5. th. 58.* ubi ait, ad hoc, ut persona vilis ad testimonium
admittatur cum tormentis, requiri, ut veritas aliter obtineri
nequeat: ut persona illa vel nolit veritatem effari, vel in di-
cendo variet & vacillet, vel veritatem aliter corrumpere vel
le detegatur, prout explicat ipse Imperator in *d. nov. 90. c. 1.
§. 1.* Confer nos infra n. 37.

Ratio tertiæ sententiæ ideò non subsistit, quia mix-
tum Imperium consistit vel in jussione principaliter, vel in
coërcitione in causa civili. Atqui tortura non pertinet ad
coërcitionem, sed potiùs ad explorationem & cognitionem
criminum; ergò rectiùs refertur ad imperiùm merum.

Subjectum torturæ constituunt personæ, adversùs ¹²
quas tortura decernitur. Ubi regula generalis, & à DD. bus
communiter récepta occurrit, omnes omninò delinquen-
tes super delicto verisimiliter commisso torturæ subjici pos-
se, nisi de jure expressè reperiantur exempti. Fundatur
hæc regula in *l. 3. ff. de pœnis. l. 1. §. 10. & 17. l. 15. pr. l. 18. pr. §. 1.
& 3. ff. l. 3. §. 1. l. 8. l. 16. & 17. Cod. de questionibus. l. 7. ff. de re
militari. d. nov. 90. cap. 5. inf.* Regulariter itaque mares &
fæminæ, liberi & servi tormentis subjici possunt.

Exci-
piun-

piuntur autem quidam ob causam physicam, alii ob moralem. Ex causâ physicâ; si vel animi vel corporis constitutio benignitatem persuadeat. Ob defectum animi, doli & notitiæ incapacis, excipiuntur primò furiosi. *l. 3. §. 11. ff. de SCto Silariano & Claudiano &c.* quod adeò verum, ut, licet aliàs ii, qui in dilucidis intervallis versantur, mentem & intellectum habere dicantur. *l. 14. ff. de officio Præsidis. l. 6. Cod. de curatore furiosi vel prodigi.* eoque tempore, ut sani, in plerisque habendi sint; in præsentī tamen causâ ne quidem tempore lucidi intervalli tormentis subjici possint. *Tabor d. tr. de tortura cap. 5. th. 24.* ubi rationem reddit, quia facile fieri posset, ut præ vehementiâ doloris in pristinam calamitatem conjicerentur. Multò minùs igitur tempore furoris per tormenta interrogari possunt de crimine antè furorem commisso. *Carpzov. d. p. 3. q. 118. n. 17.* quia omni intellectu carent, ita ut finem quæstionis, & quare tormentis afficiantur, percipere nequeant. Quæ de furiosis dicta sunt, etiam ad eos, qui melancholico affectu laborant, trahenda esse, putat *Carpzov. d. q. 118. n. 18.* quo casu tamen periti medici consulendi sunt, nè melancholiam fingentes torturam effugiant. *Daniel Büttner disput. jurid. de torturis cap. 3. n. 4.*

- 13 Secundò ob defectum sufficientis judicii & intellectus à tormentis liberi sunt impuberes, *l. 1. §. 33. ff. de SCto Silan. l. 10. pr. ff. de quæstionibus.* Ex quorum priorē textu colligitur, Ulpianum respondisse de impuberibus pubertati proximis, non de infantibus vel aliis, qui infantiae annos nuperrimè excesserunt, & doli incapaces crimen committere nequeunt. In posteriore autem innuitur, quòd in hac criminali materiâ puellæ à pueris non distinguantur, sed utriusque sexus terminus iustus ætatis annus ponatur, quàmvis in nuptiis, & aliàs inter memoratas personas ætatis differentia observetur. Planè esto impuberes pubertati proximi

mi torqueri nequeant, terreri tamen possunt, & habenâ vel ferulâ cædi. *d. 41. §. 33. Besold. part. 5. consil. 200. n. 10. Tabor d. c. 5. th. 27.* ubi per habenam lora & frena die Striglen/ per ferulam autem einen Stod-Schilling intelligit. Terri- tionem hanc extendit *Carpzov. d. 9. 118. n. 14.* ad applica- tionem forcipum seu instrumentorum, quibus constri- guntur pollices, zu Anlegung der Daumstöcke. Sed de jure hujus extensionis valdè dubitat *Tabor*, eò quòd habenæ & ferulæ per lictores aut commentariensem ingerantur, instru- menta autem torturæ omnia ad manus carnificis pertine- ant, quibus tractari, moribus nostris maculam aliquam in- urit, wann einer einmal unter des Henckers Hand gewest ist. *Besoldus in thesauro pract. verb. Ruthen-Außbauung.* Un- dè etiam in der Bayrischen Malefiz Proceß-Ordnung *tit. 3. art. 9. post med.* constitutum legitur, man solle Kinder unter 14. Jahren anders nicht peynlich fragen / dann durch die Ru- then mit Bescheidenheit. Confer *Clariss. D. Blumlacher p. m. ad d. art. 45. Ordinat. crim. Caroli V. n. 10.* ubi ait, se non posse opinioni *Carpzovii* subscribere.

Ob vitium corporis non torquentur primò muti & 14
surdi; ubi tamen refert, an quis sit mutus & surdus simul,
an mutus tantùm, aut surdus tantùm? & si quis simul
talis sit, utrùm à nativitate, an verò postea talis factus sit.
Undè

Dico I. Mutus & surdus simul à naturâ, torqueri
prohibetur. *Bocerus tr. de quæst. & tort. cap. 4. n. 16. Franc.
Casonus tr. de tormentis cap. 10. n. 5. Stryck. de jure sensuum
dissert. 4. c. 5. n. 26.* Ratio est, tum quia plerumque à fatuis
aut brutis parum absunt, quibus memorata vitia à cunis ad-
sunt. Tum quia surdus & mutus naturâ talis, etiamsi si-
gnis animi sensa declarare possit, crimen tamen confiteri
non potest eâ confessione, quæ in criminalibus causis suffi-
ciens sit.

Dico II. Mutus & surdus simul, sed ex accidenti talis torqueri potest, modò scribere noverit, cum eundem etiam ad testamenti factionem admitti, constet ex *l. 10. pr. vers. ubi autem. Cod. qui testamenta facere possunt.* Debet igitur talis scripto interrogari sub tormentis, & eodem modo respondere. *Zanger d. c. 1. n. 45.*

Dico III. Mutus tantum, five à nativitate, five postea talis factus, potest interrogari voce, ut scripto respondeat. *arg. d. l. 10. Cod. qui testamenta facere &c.* item surdus tantum, five id vitium casu, five naturâ obvenierit, scripto interrogari potest, ut voce respondeat. *Tabor d. c. 5. n. 29. Clariss. D. Blumlacher ad d. art. 45. n. 13.*

Dico IV. Mutus & surdus simul ex accidenti, item mutus tantum, aut surdus tantum, five ex accidenti, five à naturâ, si scribere nesciat, torqueri non debet, sed ex dictis testium condemnari. *l. 3. §. 8. § 10 ff. de Scito Silan. Carpz. d. q. 118. n. 24.* Neque refert, quòd furdo tantum, esto literarum imperito, ob loquelam tamen confitendi facultas denegata non sit; undè *Michalor* apud *Stryckium* ubi suprà existimat, surdum tantum, quamvis litteras non calleat, ad torturam tamen rapiendum esse. Nam sciendum, quòd talis furdus interrogata audire, & ad quid respondere debeat, percipere nequeat; quod in tortura adeò necessarium est, ut & *quæstio* indè nomen traxerit. Planè si delictum simplex foret, tale tamen, quod ultore gladio vindicandum, & nihil ampliùs, nisi confessio, desit, existimat *Stryckius d. loc.* surdum tantum, torturæ subjici posse, eò quòd jam antea satis ipsi constet, quare tormentis subjiciatur, ita ut interrogatione speciali opus non sit.

15 Sed quid dicendum de eo, qui nec surdus, nec mutus, linguam sibi amputavit, nè per torturam interrogari possit, an tortura locum habeat? *R.* Quòd sic, si literatus fuerit: secùs pro confesso habendus est, si ferè plenè victus

viſtus fuerit ; prout cum *Just. Oldenkop.* ſtatuit *Stryck d. c. 5. n. ult.*

Secundò ob vitium corporis tormenta effugiunt ho- 16
mines ætate feſſi, ſeu, ut effert *Ulp. in d. l. 3. §. 7. ff. de SCto Si-
lan.* ignoſcitur hiſ, qui ætate defecti ſunt ; circa quos di-
ſcretus judex arbitrabitur, ac non tam in numerum anno-
rum, quàm infirmitatem virium diligenter inquirens judi-
cabit, tantâne imbecillitate corporis laborent, ut ſine præ-
ſenti vitæ periculo tormentis interrogari nequeant. *Me-
noch. de arbitr. jud. cent. 1. caſu 59. n. 3. Nicol. Martini d. diſ-
fert jurid. de jure ſenum c. 3 §. 6.* ubi negat, ſeptuagenarium ali-
quantulum à terrâ elevari, & per unum miſerere in torturâ
retineri poſſe.

Planè eſto ſenes decrepiti à torturâ im-
munes ſint, quin tamen ad exemplum impuberum terri
ac nudi & ligati ad fidiculos & tormenta poni poſſint, non
ambigunt criminaliſtæ apud *Zanger d. c. 1. n. 40.* prout e-
tiam in der **Bayriſchen Malefiz Proceß. Ordnung d. art. 9.**
proviſum exſtat : deßgleichen ſaſt alte Leut / von 60. und 70.
Jahren / ſonderlich wann ſie ſehr ſchwach und abkommen :
doch da ſie noch in zimlicher Stärck / kan man ſie ring torquieren /
und mit ſolcher Beſcheidenheit / daß es ihnen an ihrem Geſund
und Leben nit ſchad.

Tertiò ob eandem rationem excipiuntur à torturâ 17
valetudinarii, ſeu tali morbo laborantes, qui ſine vitæ peri-
culo torturæ vim non ferat. *arg. d. l. 3. pr. ff. de SCto Silan. §.
l. 7. ff. de quaſt. Ordin. Crim. Caroli V. art. 59. Beſold. part. 5.
conſil. 200. n. 12.* ubi tamen epileſiam pro tam periculoso
morbo non agnoſcit, ut torturam declinare poſſit. *Carpz.
d. q. 118. n. 46.* qui *n. ſeq.* ſuſtinet, adverſà valetudine affe-
ctos ad inveſtigandam veritatem criminis non ſolùm ver-
bis, ſed & instrumentis ad comprimendos pollices compa-
ratis, funibúſque adhibitis terri poſſe. In quo à præſa-
to *Carpzovio* meritò iterum divortium facit *D. Blumlacher*

ubi supra n. 14. cui vix possibile videtur, ut dicta territio realis adversam rei valetudinem non promoveat; cum itaque in cit. l. 7. ff. de quæst. jura velint, ut torquendus salvus maneat vel innocentia, vel supplicio, ideò jure præplacet sententia mitior, juxta quam in sæpè cit. art. 9. der Bayrischen Malefiz Proceß-Ordnung in f. simpliciter statutum fuit, daß die Kranken/ so lang sie krank seyn/ nicht torquirt werden sollen.

18

Quartò huc pertinent mulieres prægnantes, per textum expressum in l. 3. ff. de pænis. cujus dispositionis ratio duplex assignatur: una, nè foetus, qui non tantum parent, cujus esse dicitur, verum etiam Reipublicæ nascitur. l. 1. §. 15. ff. de ventre in possessionem mittendo &c. perimatur, vel lædatur. arg. l. 18. ff. de statu hominum. Altera, nè ipsamet fæmina prægnans, quæ illo tempore plerumque est debili corpore, ex tormentis damnum vitæ sentiat. arg. l. 2. §. 4. ff. si quis cautionibus in judicio sistendi &c. & l. 14. §. 2. ff. de edictio edicto. Atque hoc

Procedit I. Sive mulier ex marito conceperit, sive ex alio illicito coitu. Jodoc. Damhouderius in praxi rerum criminal. capitulo 41. n. 7. cum calamitas matris in nullo partu nocere debeat ei, qui adhuc in utero matris est. pr. Inst. de ingenuis. l. 5. §. 2. ff. de statu hominum.

Procedit II: Sive mulier prægnans proxima sit partui, sive antè paucos dies 10. vel 20. tantummodò conceperit; quo casu licet embryo necdum vitalis sit, fæmina tamen propter spem futuræ animæ tormentis subjicienda non est, argumento eorum, quæ in selectis quæstionibus, septem abhinc annis, q. 25. scripsimus. Quòd si contrà fiat, totum processum vitari, & confessionem elicitam pro nullâ haberi, vult Lara apud Christianum Wildvogel dissert. jurid. de jure embryonum cap. 4. th. 15.

Procedit III. In muliere puerperâ, quæ, etsi sana dica-

dicatur, & integræ valetudinis, quia tamen debili adhuc est corpore, & facillimè fieri posset, ut partus recens editus ob nutrimenti & lactis materni corruptionem periret, ideò intra 40. dies post partum tormentis interrogari non debet. *Blumlacher ad d. art. 45. n. 15.*

Procedit IV. In muliere non quidem prægnante, at tamen partum lactante; si nato nulla alia nutrix inveniri possit. *Eckolt ff. de quæst. §. 9. in f.*

Procedit V. De territione, ita ut mulier prægnans nè quidem terreri debeat, cum ex terrore & comminatione facilè abortus sequi posset. *Harp. ad §. 5. Inst. de publ. jud. n. 202. & seqq.* Illud autem hic benè notandum, nè judex mulieri, fortè ad effugiendam torturam se gravidam dicenti, facilè fidem habeat, sed ut in dubio, an mulier prægnans sit, nec nè, obstetrices ac juratos medicos consulat, & juxta eorum depositionem super mulieris prægnantiâ sententiam suam formet. *Prosp. Farinac. apud Carpzov. citat. loc. num. 63.*

Atque hæc de causis excusationum physicis & naturalibus. Morales sive politicæ desumuntur vel à defectu requisitorum, vel à conditione personarum civili. Ob defectum requisitorum torquendus non est, qui sine accusatoribus in custodiam fuit receptus. *l. ult. ff. de quæst.* in cuius fine additur, *nisi aliquibus suspicionibus urgeatur.* Non eo sensu, quasi quis sine sufficientibus indiciis in custodiam recipi posset; sed quod præter indicia propinquiora, quæ ad custodiam sufficiunt, insuper alia urgentia ad torturam requirantur. *d. l. ult. & ibi Brunnemann. Tabor d. c. 5. num. 31.* Fac igitur, aliquem officio nunciante, vel in tumultu fortè deprehensum, in carcerem conjectum esse: in tali casu inquisitus aut deprehensus ex propinquioribus indiciis sine accusatore in carcerem compingi potuit, absque eo, quòd

torturæ subjici possit, nisi alia urgentia indicia ad torquendum suppetant.

- 20 Condicio personarum civilis à quæstione eximit alios spectatâ antiquâ Reipublicæ formâ, alios, si spectetur nova. Jure civili Justiniano per tormenta interrogari non poterant eminentissimi, clarissimi, perfectissimi *l. 11. Cod. de quæst. l. 10. Cod. de dignitatibus*. quales erant Præfectus prætorio, Præfectus urbi, quæstores, consules, Magistri militum, & similes, de quibus videantur *Tabor d. c. 5. th. 33. & Bocerus d. c. 4. n. 34.*
- 21 Sequens ætas in locum trium illarum dignitatum submisit Principes, Duces, Marchiones, Comites, Barones, quos Imò à severâ indagatione liberos esse, explorati juris est, cum surrogatum obtineat conditionem & naturam ejus, cui surrogatum est. *arg. l. 28. §. 1. ff. de jurejur.* prout & hujusmodi personas hodie ob crimina rariùs incarcerari, testatur *Carpzov. d. q. 118. n. 71. inf.*
- 22 Ildò Excusationem à torturâ merentur milites in ordinibus positi, non tantum superiores, sed etiam inferiores, non solum actu adhuc militantes, sed & honestè dimissi *l. 3. §. 1. ff. de re militari. l. 4. Cod. ad l. Jul. Majestatis. l. 8. pr. Cod. de quæst. Tabor d. c. 4. th. 44. & 45. ubi immunitatis hujus rationem reddit.*
- 23 Dubitatur de militibus nostri temporis, an & ipsi hâc immunitate gaudeant? R. gaudere, tum quia in ipsis militat eadem ratio, quæ in militibus priscis, nempe pericula, propulsatio hostis, conservatio vel recuperatio rerum: identitas autem rationis infert identitatem juris: tum quia jus vetus quoad milites nostri temporis nullibi est correctum, consequenter urget vulgaris regula: quod non mutatum, cur stare prohibeatur? *l. 27. Cod. de testamentis. & l. 32. inf. Cod. de appellat. Carpzov. d. q. 118. n. 73. P. D. Ant. Thomas Schiara in Mantissa ad lib. 4. Theologiæ bellicæ difficultate 4. n. 8. & seqq.* Confer prodromum meum Justin. lib. 1. Inst.
- 24 *tit. 25. §. 3. n. 16. & lib. 2. tit. 11. §. 2. n. 4* Planè erronei illi, qui

qui hinc indè vagantur, ac, esto sese milites profiteantur, re ipsâ tamen nihil aliud faciunt, quàm quòd anseres & gallinas furentur, ac rusticos miserè concutiant, neque ullum tractant armorum exercitium, tantum abest, ut privilegiis militaribus digni judicandi sint, ut potius severè in eos animadvertendum sit. *arg. l. 31. § ult. Cod. de locato. l. 16. Cod. de testamento militis. Recess. Imp. de anno 1555. §. und damit an geregte Bergadderung. 35. Policey-Ordnung zu Brancsfurt de anno 1577. tit. 7. von den Herrn-losen und gardenden Knechten.*

III. Ob dignitatem torqueri prohibentur nobiles, 25
tum quia generis defensione uti possunt. *d. l. 4. Cod. ad l. Jul. Majest.* tum quia equestris ordo superior erat dignitate perfectissimatus. *l. un. Cod. de equestri dignitate.* ibi: *Romanos secundum gradum post clarissimatus dignitatem obtinere jubemus.* Accedit, quòd tantum plebeiorum dicantur esse tormenta. *d. l. 8. pr. § l. II. Cod. de quest.* nobiles autem ob genus à plebe separari, constat ex *d. l. un. Cod. de equestri dignitate. Blumlacher ad d. art. 45. n. 18.*

IV. Huc pertinent Doctores, Licentiati, & Advoca- 26
cati. *Damhoud. d. c. 41. n. 1. Blumlach. d. loc. n. 22.* ubi eosdem nè quidem terreri, aut ad locum torturæ perducì posse autumat. Nam juxta dicta *n. 22.* torquendi non sunt milites: ergò neque Doctores &c. ut qui, si non majorem, parem certè dignitatem habere censentur cum militibus. *Tiraquell. de nobilit. cap. 19. § 2. seqq.* Quod confirmatur Imò ex ratione *legis 8. pr. Cod. de quest.* ubi milites & alii in causis criminum ideò quæstioni subiecti non fuerunt, quia ordo ille ab ordine plebejo separatus erat: atqui hoc nostro ævo etiam Doctores ob dignitatem à plebe separari videmus, ergò &c. Confirmatur Idò Rescripto Imp. Leonis & Anthemii in *l. 14. Cod. de Advocatis divers. judiciorum.* ubi ajunt, non solum eos militare, qui gladiis, clypeis, &

thoracibus nituntur, sed etiam Advocatos, qui, dum ambigua causarum fata dirimunt, suæque defensionis viribus in rebus sæpè publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minùs provident humano generi, quàm si præliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Si igitur militia sagata privilegium tribuit militibus, vi cujus torqueri nequeant; idem privilegium militia togata tribuet Doctoribus, Licentiatis, & Advocatis, cùm aliàs à militiâ illâ ad hanc legitimum ducatur argumentum. *Nicol. Everhardus in top. in loco, à milite armatæ militiæ &c. num. 4.*

- 27 Neque obstat, quòd reatus omnem honorem excludere dicatur in *l. 1. Cod. ubi Senatores vel clarissimi civiliter vel criminaliter conveniantur. & l. 47. ff. de R. N.* quam ob causam variis in regionibus privilegium de non torquendis militibus, Nobilibus, Doctoribus, & Licentiatis consuetudine sublatum esse dicunt. Sic testatur *Andr. Tiraquell. de pœnis temp. caus. 31. n. 16.* quòd non obstante privilegio Juris communis in regno Franciæ moribus receptum sit, ut nemini, sive Baroni, sive Comiti, sive Doctori parcat, sed omnes torqueantur, quasi sublato per criminis præsumptionem privilegio dignitatis. *Tiraquello* concordat *Nicol. Boërius decis. 163. n. 7. & Rebuff. in auth. habita. in verb. Professoribus. Cod. nè filius pro patre.* ubi dicit, in Franciâ advocatis fuisse singulariter mandatum, nè allegarent jura de non torquendis nobilibus & Doctoribus. Pariter scribit *Franc. Cason. d. tr. de torment. c. 10. n. 13.* hodie per Illustrissimos Venetos, & per totam Italiam privilegium hoc non observari. In Germaniâ quoque milites à tor-
- 28 turâ immunes non esse, tradit *Zanger d. c. 1. n. 58.* Non, inquam, hæc obstant; cùm sit longè humanior eorum sententia, qui privilegia in corpore juris clausa, consuetudine inferiorum absque autoritate principis inductâ, nequaquam

quam tolli posse arbitrantur, ut vult *Tabor d. c. 5. n. 46.* unde memoratas consuetudines nullius momenti esse, cum pluribus à se allegatis sustinet *Bocerius d. c. 4. n. 78.* hancque opinionem in judicando & consulendo tenendam commendat *Franc. Brunus de indicis & torturis quest. 4. secundæ partis n. 23. in f.* Certè objectam consuetudinem in Ger-

maniam invecam non esse, patet I. auß der *Thur. Bayrischen Malefiz Proceß-Ordnung d. tit. 3. art. 9.* ibi: deßgleichen soll man auch weder vom *Adl / Doctores, Geschlechter/ und Raths-Verwandte* in ansehnlichen Städten/ und die sonst in grossen Bürden / oder dem gemeinen Nutzen sonders dienstlich und verhülfflich seyn mögen / penhlich fragen &c.

Patet II. ex testimonio testis omni exceptione majoris, *Clarissimi D. Blumlacher d. art. 45. n. 20.* ubi testatur, se recordari, quòd etiam in hac Salisburgensi Provinciâ tortura adversus aliquem præcipuè propter privilegium & dignitatem Doctoratûs intermissa fuerit.

Patet III. ex testimonio Basileensium *vol. 4. disp. 20. th. 9. lit. E. in f.* ubi perhibetur, Comitibus, Baronibus, & Nobilibus secundum juris civilis tenorem, privilegia torturam spectantia integra conservari in Germaniâ & Hispaniâ. Accedit, quòd ejusmodi consuetudo, utpotè juri communi contraria, odiosa, adeoque extendenda non sit, *arg. c. 15. de R. J. in 6.* unde assentiendû non esse Italis & Gallis scriptoribus, qui quæstionem hodie in omnes, nullo dignitatis respectu, promiscuè exerceri posse scribunt, monet *Tabor d. c. 5. th. 32.* & testimonio *Joannis Zanger*, quòd jus de non torquendis militibus in Germaniâ non observetur, *Carpzovius d. q. 118. n. 75.* solummodo fidem habet in ordine ad illos, so *Gard und Herrenlose Knechte/ Hüner und Gänß-Dieb/ nur Bauren-Schinder abgeben.*

Ad oppositum textum in *l. i. Cod. ubi Senatores vel* 29 *Clarissimi &c.* Respondet *Zanger d. c. 1. n. 79.* reatum ibi-

dem omnem honorem excludere quoad competentiam
 fori & poenam, non autem quoad torturam : hoc est, Sena-
 tores & Clarissimi, si in provinciâ deliquerint, æquè ut alii
 intra provinciam publicis legibus subjugandi, quæstioni
 autem, esto accusentur, statim subjiciendi non sunt, sed ex
 dictis testium eos condemnare oportet. Quam responsio-
 nem probat partim ex rubricâ *d. l. 1.* partim ex eo, quia aliàs
 admittendum foret, per *d. l. 1.* rescripta Imperatorum in *d.*
l. 4. Cod. ad l. Jul. Majest. l. 8. 11. § 16. Cod. de quæst. correctâ
 fuisse, quod tamen est contra textus in *l. 2. §. 15. § l. 3. §. 15.*
Cod. de V. J. E. Cum datâ responsione reapse coincidit re-
 sponsio *Taboris d. c. 5. th. 46. § Boceri d. c. 4. n. 78.* ubi inter
 delictum probatum & probandum distinguunt, ac in ordi-
 ne ad illud per reatum omnem honorem excludi affirmant,
 30 in ordine ad hoc non etiam. Planè quamvis memoratæ
 personæ intuitu dignitatis suæ torqueri, aut etiam realiter
 terreri nequeant, quin tamen interrogari possint, dubitare
 non finit textus in *l. 15. §. 41. ff. de injuriis.* ubi dicitur, inter-
 rogationem seu verbalem territionem ad edictum de tor-
 turâ non pertinere. *Zanger d. c. 1. n. ult. Ant. Matthæus*
ad tit. de quæst. cap. 2. n. 13.

31 Extra personas hucusque exemptas omnes aliæ tor-
 queri possunt : etiam prodigus. Esto enim eundem in
 jure nostro passim furioso comparari videas. *§. 2. Inst. de cu-
 rat. l. 12. §. ult. ff. de tutoribus § curat. l. 6. ff. de V. O. l. 40. ff.*
de R. J. Exæquatio tamen illa ad administrationem rerum
 & bona pertinet, non ad crimina. Certè pessimi exempli
 foret, prodigalitati in criminalibus connivere : ambirent
 enim homines vitium hoc, eò quòd seirent, se liberiùs de-
 inceps peccaturos. Confer *Jul. Clar. lib. 5. sent. §. f. q. 60. n.*
11. Bocer. d. c. 4. n. 11.

32 Etiam minor 25. annis, tum quia in *l. 10. princ.*
§ l. 15. §. 1. ff. de quæst. solus impubes nominatim ex-
 cusa-

cusatur à torturâ : tum quia in *l. 9. §. 2. ff. de minoribus. l. 1. & 2. Cod. si adversus delictum &c. l. 6. Cod. ad l. Cornel. de sicariis. & l. 7. Cod. de pœnis.* perspicuè dicitur, in criminibus minores ætatis suffragio non juvari, ac quòd in delictis ætas nemini excusationem præbeat. Equidem minor ætas judicem ad pœnam mitiorem quandoque movet. *l. 37. §. 1. vers. in delictis. ff. de minoribus &c.* Indè tamen non rectè inferitur, puberes à torturâ immunes esse. Nam præterquam, quòd lata sit diversitas pœnam inter & torturam: illa enim est inventi criminis coërcitio ; hæc verò modus eruendi crimen : insuper meminisse oportet, quòd in criminibus atrocioribus minor ætas excusationem non præbeat ; undè in *d. l. 37. §. 1. vers. sed ut.* statim subjungitur, quòd prætextu minoris ætatis pœnam adulterii frustra reus deprecetur ; tantum ergò abest, ut minor in tali casu torturam effugiat, ut eidem nè quidem curator ad hunc actum dari debeat; quod in foro saxonico observari, testis est *Carpz. d. q. 118. n. 33.* & in nostris partibus praticari, refert *D. Bumllacher ad d. art. 45. n. 11. in f.* dissentit *Bocerus d. c. 4. n. 20.*

Etiā cœcus. Ubi tamen refert, an ut testis de alie. 33
no delicto interrogetur, utrū verò de proprio ? si prius, quæstioni subjici non potest. *l. 3. §. 9. ff. de Scto Silan.* ubi agitur de servo cæco, qui cum Domino, dum hic occideretur, sub eodem tecto fuit. Negat Ulpianus, eundem torqueri posse de authore cædis, cū propter cæcitatem videre non potuerit homicidam. Planè si delictum antè cæcitatem commissum fuerit, vel auribus percipi à cæco potuerit, fortè quòd vocem eorum, qui delictum perpetrâsse dicuntur, notam habuerit, in tali casu, quemadmodum validum est cæci testimonium, ita etiam præsuppositis debitis requisitis torturæ subjici poterit, præsertim si veritas aliter haberi nequeat. Si posterius, delictum ipsum separandum est à delicti circumstantiis. Super ipso delicto cæcus

tormentis interrogari potest, quia nèque auditus, nèque lo-
 quela ei impedimento est, quò minùs interrogata percipiat,
 & delictum ipsum, ob quod ex sufficientibus indiciis judici
 suspectus est, confiteri possit. Super circumstantiis de-
 licti quandoque torqueri potest, quandoque non. In-
 terest nimirum, fuerintnè circumstantiæ solummodò ocu-
 lis perceptibiles, an verò auribus, aliove sensu satis percipi
 potuerint à cæco, quales sunt, si interrogetur, quis prior in-
 jurias protulerit, quis minas verbales effuderit &c. priore
 casu cæcus torqueri non potest, quia destituitur sensu ad
 percipiendas circumstantias necessario. Posteriore casu
 torqueri potest, ut quo cæcitas non obstat, quò minùs cir-
 cumstantiæ à cæco cognosci & percipi possint. Confer
Bocer. d. c. 4. n. 18. Zanger d. c. 1. n. 48. Carpzov. d. q. 118 n.
25. & seq. Stryck. de jure sensuum dissert. 2. cap. 5. num. 13. &
3. seqq.

34 Etiam Nobiles, Doctores, Licentiat, & milites pri-
 mò in crimine læsæ majestatis, *sepè d. l. 4. Cod. ad l. Jul. Ma-*
jest. & aliis nefandis, seu exceptis delictis. l. 16. Cod. de quæst.
qualia sunt crimen hæreseos. l. 4. §. 4. Cod. de Hereticis &
Manicheis. Simonia. l. 31. inf. Cod. de Episcopis & clericis.
Falsi. l. 21. Cod. ad l. Cornel. de falsis. Proditio patriæ. l. 3.
§. 10. l. 7. ff. de re militari. & id genus alia, de quibus videri
potest Zanger d. c. 1. n. 66. & 81. Secundò si abutentes
 dignitatibus suis sceleribus sese mancipient, vel sibi plus li-
 centiæ ad perpetranda scelera ex nobilitate tribuant. *Tira-*
quell. de nobilitate cap. 22. n. 1. nè, si hoc casu personæ alias
 privilegiatæ veniam mererentur, fenestra iisdem aperiatur
 delinquendi & quidvis audendi; quod quàm impium sit,
 patet ex *l. 51. §. 2. ff. ad l. Aquiliam. & l. 7. Cod. de natural. libe-*
ris. Tertiò si consulto Principe ad tormenta trahantur
arg. d. l. 4. Cod. ad l. Jul. Majest. ibi: inconsultis ac nescienti-
bns Nobis. Hinc semper hæc formula sententiæ inferi so-
 let:

let : so sendt ihr wol befugt / den Gefangenen / jedoch mit Vor-
bewußt der hohen Obrigkeit / weil er einer von Adel oder Do-
ctor ist / mit der Schwärze zimlicher Weise anzugreifen. *Eckolt.*
de quæst. §. 9. pag. m. 1360.

Quartò si homicidio com-
misso, de quo vel ex eorum confessione, vel aliundè constat,
prætendant, se id perpetrâsse ad sui defensionem, quam te-
stibus probare nequeunt ; quo casu Nobiles & Doctores
à torturâ, vel saltem à juramento purgationis excusari non
debere, tradit *Zanger d. cap. 1. n. 82.* quod etiam admittunt
D. Blumlacher ad d. art. 45. n. 20. inf. & *D. Frölich de Frö-
lichsburg, in Nemese Romano. Austriaco-Tyrolensi tr. 1. lib. 3.*
tit. 5. n. 9. nec alienus esse videtur *Boërius decis. 164. n. 15.* si
de animo deliberato occidendi appareat ex conjecturis & in-
diciis, quæ in unam quasi urnam collegit *Menoch. de arbitr.*
jud. lib. 2. cent. 4. cas. 361. n. 17. usque ad f. & lib. 5. præsumpt. 38.
& 2. seqq.

Quòd si autem præsumptivè saltem ex conje-
cturis & indicatiis probari possit, homicidium ad defensio-
nem propriam commissum esse, torturam locum non ha-
bere scribunt. *Zanger d. c. 1. n. 85.* & *Carpzov. d. q. 118. n. 91.*
advertentes, in re hâc multum judicis arbitrio relinquen-
dum esse, ut pro indiciorum ac præsumptionum qualitate,
ac pro conditione personæ judicet, an reus torturæ subjici-
endus sit, nec nè. Atque hinc fortè venit, quòd *D. Blum-
lacher & D. Frölich ubi supra* teneant, nobilem vel Docto-
rem torqueri non posse, si famulum quemdam, rusticum,
vel vulgarem opificem in subitanèâ rixâ occiderint, sese au-
tem id ad sui defensionem fecisse prætendant. Cùm in e-
jusmodi circumstantiis homicidium animo deliberato
commissum non censeatur, per tradita à *Menoch. d. cas. 361.*
n. 11. & 17. inf. Quæ sententia eò faciliorem calculum obtine-
bit, si veritate nitatur, quòd varia & recentia præjudicia, in
diversis dicasteriis & summis tribunalibus existentia testen-
tur, usu receptam sententiam esse, quòd nobiles ob homi-

cidium subitanæ in rixâ perpetratum, poenâ gladii, vel etiam corporali non puniantur, sed vel relegatione, vel aliâ arbitrariâ; neque enim tortura gravior esse debet ipsâ poenâ.

35 Denique etiam Clerici. *Abbas Panormitanus in cap. gravis* 1. *de deposito*. n. 6. *Et in cap. cum in contemplatione*. 6. *de R. J.* n. 6. *Carpzov. d. q.* 118. n. 98. *Et* 100. *Jodocus Damhouderius Hispaniarum Regis Philippi Consiliarius in praxi rerum criminal. cap.* 37. n. 24. quamvis *Bocerus d. c.* 4. n. 77. distinguendum judicet inter presbyterum & cæteros inferiores clericos, ac illi immunitatem à torturâ tribuat, his non etiam; motu textu in *l. 8. Cod. de Episcopis Et Clericis*. qui tamen solummodo loquitur de testimonio presbyteri in alienâ causâ. Ut benè advertit *Brunnemann ad d. l. 8. Tabor d. c.* 5. n. 41. omninò generaliter asseverat, omnes, qui Ecclesiastico munere funguntur, hodie privilegio immunitatis à torturâ frui, antequàm ab officio deponantur. Quam sententiam in civitate Cumarum practicavit *Hippolytus de Marsiliis in pract. crimin. §. nunc videndum*. n. 51. *Et §. expedita*. n. 40. nec non *singul.* 55. in *cap. advertas ad unum*. ubi fatetur, quòd ex praxi suâ apud peritos maximum honorem consecutus sit, sed parum lucri, eò quòd clericus ille, quem à torturâ liberaverat, pauper fuerit, & promiserit satisfacere de orationibus ac missis.

36 Materia seu objectum torturæ sunt crimina capitalia & atrocia. *l. 8. princ. ff. de questionibus. Ord. crim. Caroli V. art. 8. in princ.* ibi: so die Wiſſethat einer Todt • Straff halben kündlich 2c. *Schur-Bayris. Malefiz Proceß • Ordnung d. art. 9.* rationem reddit *Julius Clarus pract. civil. Et criminalis lib. 5. §. fin. quæst. 64. n. 4.* dicens, quòd, cùm tortura sit gravis afflictio, non debeat major poena inferri reo non convicto, nec condemnato, quàm esset inferenda ex ipsâ condemnatione, ubi esset de crimine convictus vel confessus.

sus. Certè absurdum est, medium, per quod ad finem tenditur, excedere ipsum finem. Atrox autem crimen (quod sæpè etiam atrocius dicitur *l.37. §.1. vers. in delictis. ff. de minoribus &c. l.7. §. ult. ff. de injuriis. l.11. pr. ff. de pœnis.*) communiter censetur, cujus pœna est deportatio, vel deportatione major. Confer *l.4. s. 6. §. f. ff. de pœnis. Faust à Stromberg tr. de crim. c.18. Lessium de J. & J. lib.2. cap.29. dubit.17. n.151. inf. D. Blumlacher ad art. 45. n.4. & seqq. nec non à nobis scripta lib.4. Inst. tit.1. part.1. §. 5. n. 15.* Quòd si igitur relegatio, mulcta pecuniaria, aut pœna carceris delicto sit imponenda, locum non habet tortura. *Carpzov. de part.3. quest.119. n.11. Besold part.5. consil.220. n.2. & seqq.* idem dicendum de fustigatione, quæ leve duntaxat crimen arguit. *l.6. ff. de accusat. Basileenses d. disp.20. th.8. lit. B. Bocerius de quest. cap.2. n.10. & 19. Tabor de torturâ cap.4. n.8.* ubi notat, nimis generalem esse definitionem *Carpzovii d. q.119. n.7.* dicentis, in crimine, pro quo pœna corporis afflictiva est infligenda, reum torturæ subjiciendum esse; Porro licèt in criminibus, quorum pœna deportatione minor est, tortura decerni nequeat, territionem tamen, additis etiam quandoque præludiis torturæ & moderatæ ligaturæ, locum sibi vindicare, tradit *Carpzov. d. q.119. num. 52.* dicens, in hoc DD. res ferè omnes consentire. Sed dissentit *D. Blumlacher ubi supra. citans Oldenkop. decad.3. q.1. num.19.*

Ex dictis sequitur, in causis civilibus, vel in delictis 37. civiliter intentatis torturæ locum non esse. *l.9. in f. ff. de quest.* adeò ut nec testis veritatis, aut convincendi mendacii causâ regulariter torquendus, sed aliis modis coërcendus sit, nisi ex certis indiciis doli convictus, vel contumax veritatem supprimat, & hæc in causâ maximi momenti aliter haberi nequeat. *l.18. §.3. ff. d. t.* Sic pro arbitrio judicis mercatores seu debitores fallitos ex urgentibus indiciis doli

tormentis subijci posse censemus, ut pecunias sibi recens creditas & nondum dilapidatas, item chirographa & rationes, quas salvas adhuc penes se habere præsumuntur, creditoribus indicent. *Ghirland tr. de quæst. q.7. n.4. Rosbach de process. crim. tit.5. c.19. n.2. Carpzov. d. q.119. n.40. Tabor d. cap.4. n.10.*

38 Forma torturæ consistit in requisitis. Requiritur autem, ut fiat legitimo tempore, justo ordine, & debito modo. Tempus quod attinet, tortura fieri debet in die non feriato, exceptis criminibus atrocioribus, in quibus quæstio etiam diebus cultui divino destinatis sumi potest. *l.3. Cod. de episcopali audientia. l.pen. Cod. de feriis. Andr. Tiraq. tr. de pænis legum & c. temperandis. caus.49. n.27.* ubi ait, quòd in diebus etiã paschalibus tortura adhiberi possit ad investigationem enormium delictorum. Deinde maximè opportunū huic actui videtur tempus matutinū, quo alii quoq; act⁹ judiciales alicujus momenti perfici solent. *Carp. d. p.3. q.124. n.8.*

39 Ut justus ordo servetur, requiritur I. ut præcesserint legitima & sufficientia indicia, sine quibus tortura minimè inferri potest. *l.18. §.3. l.20. l.21. l.ult. ff. l.8. §. un. Cod. de quæst. Ord. Crim. Caroli V. art.20.* ibi: wo nicht zuvor redliche Anzeigung der Missethat/ darnach man fragen wolt/ vorhanden/ und beweiset wurde/ soll niemands gefragt werden; und ob auch gleichwol auß der Marter die Missethat bekandt wurde/ so soll doch der nicht geglaubt/ noch jemand darauff verurtheilt werden. Indicia hæc dividuntur in communia & propria. Illa in remota, & propinqua, de quibus videri possunt *Carpzov. d. p.3. q.120. Tabor in speciali tract. de indiciis delictorum fol. m.468. Struv. exercit. ad pand. 49. th.99.* nobis enim theses saltem, non commentaria conscribere animus est.

II. Requiritur circa ordinem, ut reus antè executionem tormentorum adhuc semel interrogetur, & de spontaneâ confessione cum seriâ torturæ comminatione interpelletur *d.*

Ordi.

Ordinat. crim. art. 46. III. Ut initium fiat à suspectissimo, & ex quo facillimè verum cognosci posse judex crediderit. *l. 1. §. 2. ff. de quæst.* vel in casu æqualis suspicionis à timidiore, aut qui teneræ ætatis est. *l. 18. pr. ff. eodem.* sic filius antè patrem, & quidem in conspectu patris, quæstioni subji-ciendus est *Carpzov. d. q. 124. n. 18.* sic fæmina antè masculum ad torturam trahi debet, tanquam persona debilissima. *Zanger de quæst. cap. 4. n. 27.* sic si cui reorum à turpi, eoque proprio facto, turpe nomen impositum sit, is præ cæteris ob majorem suspicionem torquendus est. *Bocerus de quæst. cap. 5. n. 12.* *Clariss. D. Frölich de Frölichsburg in Nemese Romano-Austriaco-Tyrolensi d. tr. 1. lib. 3. tit. 19. n. 4.*

In modo spectari duo possunt, qualitas, & quantitas.⁴⁰

Qualitatem quod attinet, debet judex inquisitum, dum in tormentis pendet, interrogare de ipso delicto, & quidem articulatè. *Carpzov. d. q. 124. n. 31.* Articuli autem debent esse multò pauciores, quàm qui in primo examine fuerunt propositi. *Ord. crim. Caroli V. art. 100.* & ibi *Casparus Manzius.* Deinde judex studiosè caveat, nè suggerendo potius, quàm inquirendo, delictum extorqueat. *l. 1. §. 21. ff. d. t. Constit. Carol. art. 56.* v. g. non debet judex interrogare, an Cajus Sempronium occiderit die 18. Februarii, horâ decimâ & quidem gladio Titii? sed an occiderit Sempronium? quâ die? quâ horâ? quo instrumento? & ita, ut tantùm qualitates & circumstantiæ maximè necessariæ inquirantur, de quibus prolixius legere licet. *d. constit. crim. Caroli V. art. 48. 49. 50. & seqq.* Confer *Manz. ad d. art. 56. n. 4.* Præterea attendant judices examinatores, nè in uno, eodemque articulo plura interrogatoria conjungant & facta diversa cumulent, quo ipso non modò quæstiones confunduntur, sed & confessio rei non absque ingenti ejus periculo sæpiùs obscuratur, qui affirmando unum factum, alterum in eodem articulo comprehensum, neque forsan

cogitatum, fateri quoque videtur. *Carpzov. d. q. 124. n. 32.*

41 Qualitatem excipit quantitas. Circa quam occurrunt textus in *l. 7. ff. de quæst.* ubi Ulpianus ait, quæstionis modum iudices arbitrari debere, eandemque ita habere, ut reus salvus sit vel innocentia, vel supplicio. Et textus in *l. 10. §. 3. ff. eodem*, ubi Iustus Arcadius vult, tormenta adhiberi, non quanta accusator postulat, sed ut moderatæ rationis temperamenta desiderant. Impræsentiarum igitur vel maximè iudex duos sales habeat, scientiæ unum, nè insipidus sit, conscientia alterum, nè sit diabolicus. Non decernat quodvis horribile tormenti genus. *arg. l. un. Cod. de emendatione servorum. & l. 2. Cod. de exactoribus tributorum.* sed servato usitato torturæ genere sedulam navet operam, ut, quantum personarum ætas, sexus, vires, conditio, & ratio ipsa permiserit, tormenta attemperet, sæpiùs, rariùs, remissiùs, intensiùs habeat, quò vel innocentia, vel supplicio torti salvi permaneant. *Besoldus d. p. 5. consil. 200. n. 14.*

42 De diversis tormentorum generibus, ut de fidiculis, catasta lignea cochleata, tunicâ alimentis ignium illita, tauro vel asino ex metallo fabricato, & igne submisso paulatim exardescente, de inedia, siti & fame, de vigiliis, candentibus luminibus, de subtilioribus & duriter contortis funiculis &c. memorant *Basileenses d. disp. 20. th. 10. lit. C. Manz. ad constit. crim. art. 58. n. 19. & seqq. Damhoud. ubi supra. c. 37. n. 19. & seqq.* qui n. 24. mentionem facit de torturâ virgarum, quam testatur plerumque ad confessionem plus effecisse, quàm cætera tormentorum genera. Idem experta est inclyta facultas nostra, anno elapso in puncto torturæ sæpiùs consultâ, & torturam virgarum respondendo approbans.

Quòd si reus, semel ritè in torturâ examinatus, nihil confessus fuerit.

43 Quæritur, an secunda tortura absque novis indiciis repeti possit?

Prima

Prima sententia simpliciter negat. Ita *Fanormitanus* in cap. 6. de R. J. n. 8. *Guido de Suz.* a tr. de indiciis & torturâ n. 57. *Boërius* decis. 163. n. 9. & 12. ubi ex aliis refert, quod communiter totus mundus ita teneat & servet. *Jul. Clarus* lib. 5. sent. §. f. q. 64. n. 46. lit. H. *Zanger de quæst. cap. 5. n. 12. & seqq.* dicens, judicem secus agentem teneri de syndicatu. *Carp. d. p. 3. q. 125. n. 30. & seqq.* dicens, hanc esse communem DD. rum conclusionem. *Gomez tom. 3. var. resolut. cap. 13. n. 26.* qui ait, esse hanc opinionem veriore, quam semper legendo & consulendo secutus est. *Joan. Salentin. Faust. à Stromberg d. tr. de criminibus cap. 18. pag. m. 254.* cui sententia hæc verior, & usu, & praxi receptior videtur. 44

Secunda sententia temperamentum adhibet, ac eo saltem casu repetitionem torturæ admittit, quo priora indicia fuerunt multum urgentia, indubitata, gravissima, evidentia, & manifesta. Ita *Lessius d. dubit. 17. n. 168.* *Tabor criminalium definit. racemat. 5. th. 9. & 11.* *Basileenses d. disp. 20. th. 10. inf.* *Damhoud. in praxi rerum crim. cap. 38. n. 3.* *Franc. Brunus de indiciis & torturâ quæst. 5. secunda partis n. 61. inf.* *Franc. Casonus tr. de tormentis cap. 14. n. 3.* *Theodor. Steinmez in speculo juris civilis lib. 48. tit. 18.* *Bocerus tr. de quæst. & torturis cap. 5. n. 31.* *Hippolyt. de Marsil. apud Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 3. casu 272. n. 6.* *D. Frölich. d. tr. 1. lib. 3. tit. 20. n. 2.* *D. Fleck d. lib. 6. tit. 13. n. 2.* *Clariss. D. Josephus de Koflern in observat. magicis Theorico. Practicis qu. 9. n. 8.* *Manz. ad art. 58. n. 64.* ubi ita scribit: Ego cum Damhouderio n. 3. existimo verum esse in iis, quæ sunt clariora, quàm ut ullo modo judex ambigere possit, ita ut plenè instructus sentiat, inficiationem rei potius duram esse pertinaciam, quàm sinceram innocentiam, & ut *Farinac. in pract. crim. lib. 1. tit. 5. q. 38. n. 82.* ait, tunc tantum procedere repetitionem, si reus fuerit persona robusta, quæ animo & corpore duratura primæ torturæ resistantiam fecerit. Consen-

tit *Frane. Bernardinus Porri JC. Mediolanensis in processu in-
formativo. lib. 4. cap. 4. n. 3. Et seqq.* hiscè verbis : & quam-
vis ad effectum, ut repetitioni locus sit, Doctores commu-
niter velint indicia nova, ac primis urgentiora, diversique,
generis concurrere debere &c. nihilominus practica re-
rum magistra observat, ut arbitrio judicis tortura repeta-
tur. Scapp. de jure non scripto lib. 5. cap. 108. quod quidem
sine difficultate transit, ubi prima tortura prædictis confi-
deratis levis fuit, &c. exstat autē stylus, quem solent observa-
re practici criminalistæ, qui volentes torturam repetere,
eam leviter, puta, per dimidiam partem unius horæ primâ
vice inferunt, &, si reus sustineat, postea illam acrius conti-
nuant, ut puta per horam integram, vel alio severiori tor-
mentorum genere &c. hucusque *Porri.* cujus mentis etiam
est *Martinus Del-rio disquisitionum magicarum lib. 5. append.*
2. q. 31. ubi ferè sic scribit : sed quæritur, an ex primis in-
diciis tortura repeti possit ? hic illud quoque certum puto,
quòd si judex dubius sit, an habeat justam repetendi cau-
sam, debere in leniorem partem propendere &c. item si
reus non videatur satis robustus &c. cessantibus his casibus
adhuc puto, posse repeti, quando judici videbitur, quia res
ab arbitrio ejus pendet ; non quidem pro voluntate tan-
tùm, & cùm sibi videtur sine ratione &c. sed cum hac ob-
servatione, ut non repetat, si levia tantùm sint illa indicia
priora, quia hæc quâvis torturâ censenda sunt expurgata
&c. quòd si sint indicia gravia & NB. vehementia, & ea ju-
dex arbitretur nondum satis purgata, poterit eam repetere,
donec expurget reus induratus &c. & solent ad hoc pru-
dentes judices à leviori torturâ inchoare, & postea repetere
graviores & acriores, ex doctrinâ Bartoli & aliorum &c. si
tamen inchoasset à graviores, & propter induratum animum
rei, & robur corporis nondum satis indicia expurgata, pos-
set adhuc repeti &c. hæc *Del-rio.* quæ sententia, teste *Fari-*
nacio

nacio apud Manz. add. art. 58. num. 63. magis communis est, & usu recepta, ac ab eâ minimè discedendum.

Apud nos itaque secunda primas obtinet.

45

Probatum I. per textum in *l. 16. pr. ff. de questionibus.* ubi JC. Modestinus refert, Divos fratres rescriptisse, quòd quæstio repeti possit; neque distinguitur, nova indicia supervenerint, nec nè: ergo neque nos debemus distinguere. *arg. l. 8. ff. de public. in rem act.*

Probatum II. ex *Nemese Carolinâ art. 58.* qui sic habet: *die peynliche Frag soll nach Gelegenheit des Argwohn der Person / vil / oft / oder wenig / hart / oder linder / nach Ermessung eines guten vernünftigen Richters fürgenommen werden &c.* Unde sic licet arguere: ubi jura aliquid determinant, ibi cessat arbitrium judicis. *arg. l. 1. §. ult. ff. de jure deliberandi.* sed relinquitur arbitrio judicis, an, quando, & quoties tortura repeti possit, neque fit mentio de novis indicis. *d. art. 58.* ergo potest quandoque tortura sine novis indicis repeti.

Probatum III. Tortura prima etiam propter indicium unicum sufficiens & propinquum, esto non vehementissimum aut urgentissimum, inferri potest. *Ord. crim. Caroli V. art. 27. in f.* ibi: *als die nachfolgende Articul, der ein jeder allein eine redliche Anzeigung macht / und zu peynlicher Frag gnugsam ist.* & *art. 29. in rubr.* ibi: *gemeine unzweiffelhafte Anzeigungen / deren jegliche allein zu peynlicher Frag gnugsam ist.* *Carpzov. d. p. 3. q. 121. n. 1. & 2.* ergo indicia plura urgentissima & vehementissima aliquid amplius operari debent, ex naturâ Justitiæ vindicativæ, juxta quam tortura commensurari debet indicis, ex quibus communia utique facilius purgantur, quàm vehementia seu valdè urgentia, & facilius unum, quàm multa. Subsumitur: sed indicia plura urgentissima nihil possunt amplius operari, nisi ut vel acrius, vel bis torqueatur reus; ergo &c.

Probatur IV. In dubio illam opinionem amplectamur oportet, quæ magis studet disciplinæ publicæ : atqui posterior hæc opinio magis studet disciplinæ publicæ, dum ex una parte viam pandit investigandi veritatem, extirpandi crimina, & Rempublicam purgandi à malis hominibus ; neque ex alterâ crudelitatem continet juribus exosam, sed rem prudentis judicis justo arbitrio secundum plura, majora, & fortiora, vel rariora, minora, & debiliora indicia ita moderandam committit, ut tamen intra limites humanitatis se contineat, & nec severitatis, nec clementiæ gloriam affectet, sed, prout qualitas delicti expostulat, perpenso judicio statuatur, ac vel maximè gravitatem criminum, an atrocitas sint, vel atrocissima, an persona rei robusta, vel debilis, nobilis, vel plebeja ? consideret. Ergo &c.

46 Objic. I. Certissimi juris est, torturam absque præcedentibus legitimis & sufficientibus indiciis minimè inferri posse. *l. 18. §. 3. l. 20. l. pen. § ult. ff. l. 3. pr. l. 8. §. 1. Cod. de quæst. l. 17. in f. Cod. ad l. Cornel. de falsis. Ord. crim. Caroli V. art. 20.* ergo neque secunda tortura sine novis indiciis inferri potest.

R. dist. antec. certissimi juris est, torturam absque indiciis vel mediatè, vel immediatè præcedentibus, minimè inferri posse, concedo, absque indiciis semper immediatè præcedentibus, nego antec. & conseq. ad torturam etiam sufficit, si indicia mediatè præcesserint.

Objic. II. Text. in *d. l. 18. §. 1. ff. de quæst.* ubi J. C. Paulus dicit, reum evidentioribus argumentis oppressum repeti in quæstionem posse : at verò indicia seu argumenta evidentiora dici non possunt, nisi relativè, & cum respectu ad indicia evidentia, ex quibus prima tortura illata fuit, hoc ipso, quòd comparativus præsupponat positivum ; ergo reus non nisi ob nova indicia repeti in quæstionem potest.

R. I. cum Bartolo apud Brunum *d. q. 5. secunda partis n. 58.* distinguendo minorem : argumenta evidentiora di-

ci non possunt, nisi cum respectu ad prima indicia evidentia, nego, nisi cum respectu vel ad prima, vel ad alia communia indicia, concedo minorem. In oppositâ lege nulla fit mentio de evidentioribus novis indiciis, sed indefinitè de evidentioribus, adeoque ad secundam torturam non semper exiguntur præcisè evidentiora indicia, quàm prima fuerunt, sed saltem evidentiora ordinariis & communibus, propter quæ unica tantum tortura admittitur. Tacco, quòd, quemadmodum in jure comparativus nonnunquam pro positivo arg. l. 12. §. 4. ff. qui potiores in pignore &c. l. 37. §. 1. vers. in delictis. ff. de minoribus &c. l. 7. §. ult. ff. de injuriis. l. 11. pr. ff. de pœnis. l. 32. ff. de depositi. l. 54. §. 2. ff. de acq. rer. dominio. l. pen. Cod. de periculo tutorum &c. item superlativus pro positivo sumitur. arg. l. 92. l. 155. & l. 162. pr. ff. de V. S. ita & latinis infrequens non sit, loco superlativi comparativo uti; adeoque per evidentiora indicia in d. l. 18. §. 1. ff. de quæst. indicia valde evidentia, aut evidentissima intelliguntur. R. II. cum *Ant. Matthæo de criminibus lib. 48. tit. 16. cap. 4. n. 14.* ex verbo, *oppressus*, quod in d. l. 18. §. 1. positum, & præteriti, non futuri temporis est, satis colligi, textum exaudiendum esse de reo, qui jam antè primam quæstionem evidentioribus argumentis premebatur.

Objic. III. In criminalibus judex semper in mitiorem sententiam inclinare debet, ut ipsi supra n. 17. fecimus. Atqui est mitior sententia, quæ sustinet, quòd secunda tortura absque novis indiciis repeti nequeat; ergo &c.

R. majorem cum grano salis intelligendam esse, & de casu, ubi jura vel factum ita dubia sunt, ut non appareat, quænam pœna ex duabus magis locum habeat. Quòd si jura vel factum in se satis clara sint, tunc, esto hic vel ille author absque sufficienti ratione contradicat, non est tamen, cur judex omisâ veritate agnitâ sequatur errorem. Confer *Ant. Matthæum d. lib. 48. tit. 18. cap. 4. n. 5.* ubi ita scribit:

quod ad posterius attinet (nimirum, judicem in criminalibus mitiorem opinionem sequi debere) id ita manifestè absurdum est, ut nè refutatione quidem egere videatur. Quis enim nescit, idem ferè J.C. tis accidisse, quod Philosophis, ut nihil tam absurdè cogitari possit, quod non unus vel alter, aversâ Themide nati, somniaverint? plures jam scripserunt, furem, qui rupto laqueo terræ potitus est, dimittendum: quid? eonè sequetur judex tam absurdum commentum? non pauci, dimittendum reum occurrente Cardinale; item si paratus sit, meretricem uxorem ducere, aut ipsum puella aliqua sibi poscat maritum: num propterea judex patietur sibi religionem injici? &c. faceffat ergo tam absurda, nè dicam, impia doctrina. Hæc *Ant. Matthæus*.

Objic. IV. Ex nostrâ sententia sequeretur, tertiam quoque, & ulteriorem torturam sine novis indicîis inferri posse: sed consequens est absurdum, ergo & antecedens.

R. I. Argumentum hoc solvendum esse ipsis adversariis, etiam ex novis indicîis torturam ultra tertiam vicem non admittentibus, in specie *Joanni Zanger d. c. 5. n. 80. & Benedicto Carpzovio d. p. 3. q. 125. n. 47. & seqq.*

R. II. negando sequelam majoris: licet enim jura repetitionem torturæ etiam ulteriorem non interdican, arbitrii tamen judicialis æquitas, cui res hæc commissâ est, non facilè eò devenit; cùm alia sit ratio reiterationis semel, & alia reiterationis multoties faciendæ, ad quam utique ex dictamine rationis difficiliùs devenitur, quàm ad illam. Certè vix fieri potest, ut in factò, tam gravia, tamque vehementia existant indicia, quæ tertiâ torturâ indigeant; undè jura super hac re nihil statuerunt, ut quæ solùm de ordinariè contingentibus disponere solent, ad ea verò, quæ rarò fiunt, parùm attendunt. *l. 3. & seqq. ff. de ll.*

Finis

Finis torturæ est, ut veritas indagetur; cum enim 47
veritas sæpissimè aliter haberi non possit, per tormenta in-
dagatur. *l. 15. §. 41. ff. de injuriis &c. l. 8. pr. l. 9. pr. l. 10. §. 5. ff. l. 8.*
§. 1. l. 10. Cod. de quæst. non ut hac ratione reus necetur &
moriatur. *l. 8. §. 3. ff. de pœnis.* cavendum igitur, nè reus diu-
turnâ custodiâ maceretur, magnoque tormentorum squa-
lore torpescat, ut vel innocentia, si in causâ superior; vel
supplicio, si convictus fuerit, salvus & incolumis esse possit.
l. 7. ff. de quæst.

Effectus torturæ triplex occurrit. Primus est rei 48
non confessi absolutio. Nam si tertio tortus negando per-
stiterit reus, carceribus liberari, & dimitti debet. *arg. l. pen.*
& ult. ff. de calumniatoribus. Ord. Carol. art. 61. præstitâ ta-
men priusurphedâ. *Gail. 1. obs. 22. n. 1.* Confer *Carpzov. d.*
q. 125. n. 10. nec non q. 127. n. 46. & nos lib. 4. Inst. tit. 1. part. 1. §.
11. n. 51. Alter effectus est rei confessi & confessionem ra-
tificantis condemnatio. *l. 2. Cod. quorum appellationes non*
recipiuntur. l. 2. Cod. de custodiâ reorum. l. 16. Cod. de pœnis. d.
Ord. crim. Caroli V. art. 60. requisita hujus ratificationis &
condemnationis recenset *Carpzov. d. p. 3. q. 126. per totam.*
Cæterum tali condemnato duo remedia juris sunt reliqua:
Primum est remedium appellationis; de jure communi e-
nim vel maximè in causis criminalibus locum habet, pro-
pter gravitatem & irreparabilitatem damni. *l. 1. l. 6. §. 3. l. 14.*
l. 20. l. 29. Cod. de appellat. exceptis criminibus læsæ Maje-
statis, insignis latrocinii, falsæ monetæ, raptûs virginis, simo-
niæ, hæresis &c. *Myns. cent. 4. observat. 41.* quamvis mo-
ribus hodiernis causæ sanguinis appellationem respuant.
Ord. Cameræ part. 2. tit. 28. §. item nachdem auch &c. Recess.
Imp. de anno 1530. §. item als jetzt 95. Jul. Clarus lib. 5. sent. §. f.
quæst. 94. n. 3. Covar. pract. quæst. cap. 23. n. 5. Myns. d. obs.
41. Gail. 1. obs. 1. n. 27. Sigismund. Scaccia tr. de appellat. quæst.
17. limit. 48. n. 1. & seq. ubi ostendit, hanc consuetudinem in
B b b b jure

jure naturali & communi fundatam esse. Alterum remedium est remedium nullitatis, quod etiam in Camera in causis criminalibus recipitur. *Myns. d. cent. 4. obs. 42. Gail. d. obs. 1. n. 28. Zanger de quæst. c. 5. n. 31. Bocerus ubi supra cap. ult. n. 15.* Tertius & ultimus effectus torturæ consistit in eo, quod judex indebitè & injustè aliquem torquens, condignis subjiciatur poenis. Ubi refert, dolo judex hominem necaverit, an culpâ. Si prius, mortis supplicio afficitur. *l. 1. §. 1. l. 4. pr. ff. ad L. Cornel. de sicariis. l. 7. §. f. ff. de Lege Julia repetundarum.* Si posterius, punitur extra ordinem. *d. l. 1. §. 3. d. l. 4. §. 1. ff. ad Leg. Cornel. de sicariis.* videantur *Carpzov. d. p. 3. q. 127. per totam. Zanger d. tr. cap. 4. n. 21. & seqq. D. Blumlacher ad Ord. crim. art. 20. n. 3.*



QUÆSTIO XVII.

Si feudum alienet pater, possitne filius id revocare?

SUMMARIA.

1. *Feudum novum sine consensu Domini alienatum revertitur ad Dominum.*
2. *Pater sine consensu Domini de feudo antiquo disponens filiis non præjudicat.*
3. *Dilucidatur status quæstionis.*
4. *Referuntur variae sententiae.*
5. *Revocatio feudi potest fieri jure vel protimiseos, vel successionis.*

6. *De*

6. *Definitur investitura.*
7. *Filius feudum antiquum, cum consensu Domini directi à patre alienatum, revocare potest, licet sit hæres patris.*
8. *Diluuntur opposita.*
9. *Jure protimiseos potest filius feudum statim revocare, jure successionis verò primum post mortem alienantis.*
10. *Solvuntur objectiones.*
11. *Si filius feudum revocare velit jure protimiseos, debet reddere pretium, quod primus emptor dedit, quodsi verò revocare velit jure successionis, reddere pretium non tenetur.*
12. *Satisfit argumento Schenckiano.*
13. *Filius, feudum revocare volens jure protimiseos, tenetur id revocare intra annum, à die scientiæ numerandum, revocaturus autem jure delatæ successionis, habet integros 30. annos, computandos à tempore, quo successio fuit delata.*

QUæstio hæc, teste Joanne Koppen decisionum suarum quæst. 54. in princ. propter varias Doctorum opiniones non parùm intricatas valdè dubia est, ita ut dato casu vix pateat via, quàm se ex hoc labyrintho extricare quis possit; ideoque ut status quæstionis reddatur clarior, & præsens controversia distinctissimè resolvatur.

Præmitto I. Illam procedere de feudo antiquo seu paterno, cum consensu domini directi alienato. De feudo novo satis constat, quòd sine consensu Domini alienatum revertatur ad Dominum. 2. f. 24. inf. & 2. f. 38. Schambog. de feudis tit. 5. n. 56. inf. & tit. 29. n. 13. Köppen ubi supra n. 2. ejusdem autem cum consensu Domini factam alienationem subsistere, sustinent Haunold de J. & J. tom. 3. tr. 9. cap. 5. controuv. 11. n. 835. Gothofred. Anton. disp. feud. 10. th. 4.

lit.C. Myns.cent.4. obs.85. inf. Hartmannus Pistorius lib. 2. quæst. Juris 4. n.44. 74. § 88. Köppen d. loc. n.40. Vult. lib. 1. de feudis. tit. 11. n.163. ubi rationem reddit, quòd filii in feudo novo jus radicatum non habeant, sed nudam succedendi spem, quæ proinde contrario illorum consensu præcidi possit, quorum constituta est conventione. Dissentiunt Bocerus tract. quæstionum controversarum de jure succedendi in feudum cap. 1. q.1. pag.7. § Ludovell. tr. de success. feudi cap.5. pag.245. quorum opinioni Köppen § Vultejus saltem tunc subscribunt, si feudum à patre æquè principaliter filii contemplatione, atque sui ipsius sit quæsitum; quia hoc casu filius non tam ex personâ patris sui, quàm suâ ipsius, omne jus, quod habet, metitur, seu, filio hîc non tam à patre, sed magis ab ipso Domino tempore investituræ jus quæsitum fuit.

2 Præmitto II. Similiter satis certum esse, quòd si pater sine consensu Domini de feudo antiquo inter liberos disponat, uni ex filiis prælegando, cæteris exclusis, vel inter ipsos inæqualiter distribuendo, vel aliud onus alterutri ipsorum injungendo, filiis non præjudicet. *arg. 1. f. 8. in f. pr. cùm enim filiis non solum à patre acquirente, sed etiam à Domino concedente jus quæratur, mirum non est, quòd id solâ patris voluntate ipsis auferri nequeat. Pistorius d. lib. 2. q. 4. n. 82. § q. 13. n. 62. Rosenthal de feudis cap. 9. concl. 66. num. 52. Confer Köppen d. q. 54. n. 21. § 22. Gail. 2. obs. 154. num. 13. Borcholt de feudis cap. 8. n. 142. Jul. Clar. lib. 4. sent. §. feudum. q. 66. n. 7.*

3 Præmitto III. Sub propositâ quæstione plures latitare quæstiones. Prima ac principalis est, utrùm filius revocare possit feudum antiquum, cum consensu Domini directi à patre alienatum? Secunda, possitne id revocare mortuo duntaxat patre, an etiam vivo? Tertia, utrùm revocans emptori pretium restituere teneatur? Quarta, intra

intrà quantum temporis spatium revocare possit, & investituram petere debeat? quæstiones singulas per distinctas assertiones ordine discutiemus. Interim

Præmitto IV. In primâ & principali quæstione tres 4
diversas occurrere sententias. Prima sustinet, filium, sive hæres sit patris, sive non sit hæres, revocare posse feudum, à patre alienatum. Ita *Pinellus in l. 1. Cod. de bonis maternis part. 3. n. 95. & alii relati à Fachin. 7. contr. c. 13 & 18.* in quam sententiam etiam inclinare videntur *Schambog. d. tit. 29. n. 19. in verb. competit autem. & Haunold d. n. 835.* Altera filio in utroque casu jus revocandi denegat. Ita *Struvius in syntagm. Jur. feudal. cap. 13. aph. 16. n. 6. & seqq. Zoës. Prælect. feudal. cap. 14. n. 12. Vult. d. lib. 1. de feud. cap. 11. n. 170. Hartman. Pistorius d. q. 13. n. 33. & 77.* ubi legislatores vult monitos, ut veritati, Interpretum commentis penitus sepultæ, auctoritate suâ subveniant, remotisque aliorum opinionibus constituent, filiis facultatem revocandi non competere. Sententia tertia viâ mediâ incedit, ac in casu quidem, quo filius hæres patris non est, jus revocandi admittit, in casu autem, quo hæres est, denegat. Ita *Ludolph. Schrad. tr. feud. part. 7. cap. 2. n. 48. Henricus à Rosenthal d. cap. 9. membr. 2. contr. 69. n. 1. & seqq. Fach. d. lib. 7. contr. cap. 18. Henric. Coccejus in hypomnem. Juris feudalis tit. 7. n. 3. Gothofr. Ant. d. disp. 10. th. 6. lit. A. Köppen d. q. 54. n. 25. 43. & 95. Hammel de act. cap. 17. n. 24. Carpz. p. 2. J. F. const. 48. def. 11. n. 2. nec non decis. Illustr. part. 2. decis. 169. num. 17. Richter decis. 79. n. 3.* ubi testatur, ita in Collegio Juridico Jenensi, & à Facultate Juridicâ Francofurtensi anno 1628. pronunciatum fuisse. Imò hanc opinionem communem esse, & in judiciis obtinere, testis est ipse in contrarium abiens *Pistorius d. q. 13. n. 76.* ubi scribit, se non latere, quòd ea, quæ pro comprobatione suæ sententiæ adduxit, in judiciis

parum habitura sint authoritatis, refragante communi Interpretum scholâ.

5 Præmitto V. Revocationem duplici medio fieri posse, mediante nimirum jure protimiseos, retractûs seu congrui, & per successionem feudalem. Jus protimiseos est jus, seu prærogativa, aut facultas, quibusdam personis specialiter competens, vi cujus rem alienatam intra certum tempus solenniter revocare possunt. *c.8. de in integr. restitut. l.2. Cod. de pactis inter emptorem & venditorem compositis. Almers in manuali Juris. verb. retractus. P. Wex in Ariadne Carol Can. part.2. tab.6. n.6.* Successio feudalis verò est jus acquirendi feudum ex casu decedentis vasalli. *Ludov. d. tr. de successionem feudi cap.1. in pr.*

6 Præmitto VI. Investituram, quæ in vernaculâ nostrâ eine Belehnung vocatur, more aliarum vocum longobardicarû valdè barbarum vocabulum, & nullius Frisii Dictionario cognitum, deduci à tò vesten/ id est, confirmare seu stabilire, ac nihil aliud esse, quàm actum solennem, quo Dominus vasallo feudum verè vel fictè tradit. *Ludovell. in synopsi Jur. feud. cap.8. in pr. Clariss. D. P. Schmier tr. de juris. dict. cap.1. n.110.* his præmissis

7 Dico I. Filius feudum antiquum, cum consensu Domini directi à patre alienatum, revocare potest, licet sit hæres patris. Prob. I. In Jure feudali generaliter cautum legitur, ab agnato revocari posse feudum, quod alienavit agnatus. *2. feud.3. cap.1. §.1. 2. feud.8. cap.1. §.1. inf. 2. feud.24. cap.1. inf. 2. feud.26. cap.1. §.5. vers. Titius. & 2. feud.39. cap.1.* ergo etiam filius revocare id potest, quia appellatione agnatorum ipse quoque continetur. *l.12. ff. de suis & legitimis hæredibus.* ac non solum in successionem bonorum allodialium. *§.1. & 9. Inst. de hæredit. quæ ab intest. deferuntur. nov.118. cap.1.* sed etiam feudalium primas obtinet. *lib.1. feud. tit.1. cap.1. §.1. & lib.2. feud. tit.11,*

Con-

Confirmatur : agnatus remotior filio , potior est emptore, ac revocare potest alienationem feudi, *textibus supracitatis* : ergo multò magis revocare poterit filius, ut qui & proximus patri agnatus dicitur in *d. l. 12. ff. de suis & legitimis heredibus.* & à successionem agnatos reliquos excludit. Si enim vinco vincentem te, multò magis vinco te. *l. 14. §. 3. ff. de diversis temporalibus præscript. cap. 7. in f. de concessione præbende in 6.*

Prob. II. Jus filio quæsitum, sine facto filii ad alium transferri non potest, per *l. ult. ff. de pactis. l. 7. ff. de pactis dotal. l. 11. ff. de R. J. l. 9. Cod. de Judais. l. 1. Cod. de bonis maternis.* Atqui filio ex antiquâ majorum investiturâ jus est quæsitum, ita ut feudum tunc, cum patri succedit, non tam acquirat, quàm potiùs jam quæsitum solummodò capiat vel apprehendat, & ad possessionem feudi magis continuativè, quàm ad novæ possessionis adeptionem veniat, *arg. l. 11. ff. de liberis & posthum. hered. instit.* ergò non potest filio invito jus per consensum patris, feudum alienantis, auferri in tantum, ut feudum ex propriâ personâ revocare nequeat.

Prob. III. Quæ filius aliundè habet, quàm à patre, ea amittere non potest facto patris. *l. 3. ff. de interdictis & re legatis & deportatis.* atqui jus ad feudum antiquum filius habet non à patre, sed beneficio antiquæ investituræ: ergò jus ad feudum antiquum facto patris auferri filio non potest.

Scio equidem, ad argumenti hujus & majorem, & minorem propositionem ab *Hartmanno Pistorio* responderi, & quidem *n. 69. d. q. 13.* ad majorem, dicendo, JCrum Alphenum in *d. l. 3. ff. de interdictis &c.* loqui de facto patris illicito, per quod filius jure communi non amittit, quæ aliundè habet, quàm à patre : at verò hoc mutatum esse consuetudinibus feudorum, ac *lib. 2. tit. 26. cap. 1. §. 5. vers. si assallus culpam &c. & tit. 31.* expressè cautum, quòd filius ob delictum patris feudum amittat.

Deinde

de negat *Pistorius* minorem, ac vult, filios feudum non tam à familiâ aut genere, quàm potius à patre ipso capere; quod ut evincat, *d. q. 13. n. 49. ex Cujacio* mutuum accipit hunc discursum: filius in successione feudi excludit patrum, avo suo proximior in gradu; ergo non censetur feudum ab avo obtinere, sed à patre suo novissimè defuncto. Verùm neque una, neque altera responsio tertium nostrum argumentum enervat. Non prior; ut quæ supponit, delictum Vasalli simpliciter, & indistinctè nocere filiis: quæ tamen sententia *Julio Claro* semper nimis dura visa fuit, qui proindè *d. q. 66. n. 6.* textus oppositos sub hac distinctione intelligit, videlicet delictum patris nocere filio in feudo simpliciter recepto, seu, ut alii vocant, informi, puta, sequenti formulâ concessio: *concedo Tibi hoc castrum in feudum.* secus, si feudum fuisset à patre vel avo delinquentis expressè receptum pro se & liberis, vel pro se & filiis, aut alio simili modo. Melior videtur explanatio *Fachinei lib. 7. controvers. cap. 23. ad f.* textus in *d. 2. f. 26. c. 1. §. 5. vers. si vasallus culpam &c. §. 31.* exaudientis solummodò de casu, quo vasallus culpam committit, propter quam feudo privari debeat, sive illa sit contra Dominum, sive contra alios, dummodò sit talis, ob quam jure feudali indicta sit poena privationis feudi. Nemo autem dixerit, vasallum, qui cum consensu Domini directi feudum antiquum alienavit, à Domino propterea feudo privari posse. Neque etiam vim tertii argumenti enervat responsio posterior *Pistorii*, cui facili, illóque sequenti discursu occurritur: vel enim filiis jus quæsitum est ex antiquis majorum suorum investituris, vel non est quæsitum? si *Pistorius* neget prius, tunc cessat status præsentis disputationis, ut quæ instituitur de feudo paterno seu antiquo, in hoc distincto à feudo novo, quòd in illo filiis ex antiquâ majorum investiturâ jus sit quæsitum, in hoc non etiam. Quòd si verò neget posterius, tunc manifestò

nifestò pessimè negat verissimam minorem argumenti nostri propositionem. Ad probationem ex *Cujacio* desumptam rectè negatur consequentia. Ratio enim, cur filius in successione feudi excludat patrum suum, avo proximior in gradu, consistit in eo, quia in ordine successorum feudalium primicerii sunt descendentes, à quibus agnati collaterales excluduntur. 1. f. I. §. I. & 2. f. II.

Probatur assertio nostra IV. qui primò feudum acquisivit, censetur non solùm filiis suis, sed etiam nepotibus, ac descendantibus omnibus prospicere voluisse, quia honorem totius familiæ respiciens voluit, ut, feudo penes familiam in perpetuum manente, dignitas & authoritas illius conservaretur; quapropter etiam quilibet ex possessoribus feudi gravatus esse videtur, ut illud post mortem suam proximo successorì restituat: at finis hic non obtinetur, si filiis denegetur jus revocandi alienationem patris; cùm hoc denegato feudum facilè ad alienas manus perveniat, consequenter honor familiæ citissimè aboleatur: ergo malè denegetur filiis jus revocandi alienationem feudi antiqui, cum consensu Domini à patre factam.

Objic. I. Vulgatum illud: quod lege non cavetur, 8
in practicâ non habetur: vel utendo verbis Justiniani in *nov. 18. c. 5.* erubescimus sine lege loqui. Atqui capitulis omnibus Juris feudalis sedulò perlustratis, nullibi cautum reperitur, filios feudum, à patre alienatum, revocare posse: ergo temerè & sine textu asseritur filiis jus revocandi alienationem patris. R. distinguendo majorem, quod lege nec civili, nec consuetudine feudali cavetur, in practicâ feudali non habetur, concedo majorem; quod consuetudine feudali verbotenùs non cavetur, lege tamen civili cavetur, in practicâ feudali non habetur, nego majorem. Apprimè huc facit textus in *lib. 2. feud. tit. 1. cap. 1. in f.* ubi dicitur, strenuum legisperitum sine calumniâ uti posse lege

scriptâ, id est, civili, si casus emergat, consuetudine feudi non comprehensus. Cum igitur secundum Adversarios casus quæstionis, utrùm filius revocare possit feudum à patre alienatum? consuetudinibus feudalibus decisis non sit; econtra jure civili expressè cautum, filios bona à parentibus vendita jure proprio vindicare & repetere posse. *l. 73. ff. l. ult. Cod. de evict. l. 3. Cod. de rebus alien. non alienand.* hinc dilucidè constat, in practicâ feudali haberi, quòd filio facultas competat revocandi feudum à patre alienatum.

Objic. II. Hæres non potest venire contra factum defuncti, cum æquitati vel maximè sit consentaneum, à quolibet præstari factum ejus, ex cujus personâ lucrum obtinet. *l. 31. ff. de liberali causâ. l. 149. ff. de R. J. l. 14. Cod. de R. V. l. 14. Cod. de evict.* At si filius etiam illo casu feudum revocare posset, quo est hæres patris, tunc posset venire contra factum defuncti: ergo filius eo casu, quo est hæres defuncti, revocare non potest feudum in cujus alienationem pater consensit.

R. I. Filium non sentire lucrum ex personâ patris respectu feudi, nisi feudum à patre alienatum revocare possit. R. II. Filium, licet succedat patri, propterea tamen non desinere esse proximum agnatum: ergo ratio hæredis non obstat, quò minus revocare feudum possit. Certè filius duobus modis considerari potest, nempe ut hæres, & tanquam agnatus.

Dum feudum, consensu patris distractum, revocat, non consideratur ut hæres, sed tanquam agnatus, adeoque feudum vindicat, non sub ratione hæredis, sed tanquam ille, cui ex antiquâ majorum investiturâ jus quæsitum fuit.

R. III. Re accuratius expensâ appare, re, filium non venire contra factum patris, si feudum revocet, in cujus alienationem pater consensit. Vel enim revocat feudum jure protimiseos seu retractus, vel jure delatæ successionis. Si prius; non venit contra factum defuncti, quia non impugnat venditionem, tanquam invalidam, sed firmam

firmam potius supponit, ac ex privilegio juris tanquàm proximus consanguineus substituit se in locum emptoris. Si posterius ; iterum non venit contra factum defuncti, quia non impugnat venditionem , tanquàm invalidam , sed firmam potius supponit , ac in eo saltem se fundat, quòd nemo plus juris transferre possit in alium , quàm ipse habeat. *l. 54. ff. de R. J. Confer Clariss. D. Blumacher p. m. tr. de retractu gentilitio & conventionali part. 1. th. 6. n. 2.*

Objic. III. Hæres repellitur per exceptionem doli mali, si rem, quam defunctus alienaverat, vindicet jure proprio. *l. 73. ff. de evict.* ergo cum existentia hæredis non potest consistere facultas revocandi feudum à patre alienatum.

R. disting. antec. hæres repellitur per exceptionem doli mali, si rem, quam defunctus alienaverat , & jure perpetuo in alium transferre poterat, vindicet jure proprio , esto. Si rem, quam defunctus alienaverat , & propter evictionem, cui ex naturâ suâ erat obnoxia, jure perpetuo in alium transferre non poterat, vindicet jure proprio, nego antec. & conseq. qui rem, quæ ex naturâ suâ evictioni subiacet, in se recipit, sibi imputare debet, quòd receperit, aut pacto expresso de evictione sibi non prospexerit. *arg. l. 27. Cod. de evict. l. 7. Cod. communia utriusque judicii. & ibi Brunnemann n. 5. Franzk. ff. de evict. n. 109.*

Objic. IV. Filius non potest succedere in feudo , nisi sit hæres patris. *lib. 2. feud. tit. 51. §. 4.* ergo tenetur præstare factum patris, consequenter non potest revocare feudum, saltem in casu, quo est hæres patris. R. I. Invertendo argumentum : si filius nolit esse hæres patri in bonis allodialibus, tunc etiam removetur à feudalibus : ergò ad hoc, ut possit revocare feudum, debet esse hæres patri ; secus enim habet feudum sine bonis allodialibus. R. II. distinguendo consequens : ergo tenetur præstare factum patris, si feudum obtineat tanquàm hæres patris, concedo, si

id obtineat beneficio Domini concedentis, & ex antiquâ majorum investiturâ, nego consequentiam. R. III.

antecedens solummodò verum esse, quando feudum reperitur in hæreditate patris, tunc enim illud ita conjunctum est cum reliquâ hæreditate, ut non liceat filio separare hæreditatem ab eo, & retento feudo eam repudiare, quemadmodum nemo potest unam partem hæreditatis repudiare, alteram agnoscere. l.1. l.2. ff. de acquir. vel omitt. hæredit.

Quòd si verò feudum alienatum fuerit, sicque inter bona paterna non existat, tunc in ordine ad revocationem illius filio competit actio, cum ex antiquis majorum investituris jus quæsitum habeat. Confer Schambogen de feudis tit.12. n.4. § 5. D. Gletle p.2. tr. canonico-civilis de testamentis c.2. §.2. n.3. Fach. d. cap.18. in verb. sextum argumentum est. Bocerum d. tr. quæst. controvers. cap. ult. q.1.

Objic. V. Esto de mente patris sufficienter non constet, volueritne filium ad solvendum debitum hæreditarium adstringere, filius tamen, hæreditatem patris retinens, tenetur debitum hæreditarium feudi nomine solvere, quia præstare debet factum patris: ergo multò magis debebit præstare factum patris, non revocando feudum à patre alienatum, quia factâ alienatione sufficienter constat de mente patris, quòd feudum magis transferre voluerit ad alium, quàm filio relinquere. R. neg. conseq. Ratio disparitatis sita est in eo, quòd filius, adiens hæreditatem patris, fictione juris habeatur pro unâ, eâdemque personâ cum defuncto; undè mirum non est, quòd æs alienum hæreditarium expungere teneatur, non secus, ac ipse defunctus. Econtra dum filius revocat feudum à patre alienatum, revocat, sicut alius agnatus, quia non minùs, ac alii agnati, jus ex antiquâ majorum investiturâ quæsitum habet. Confer Fach. d. lib.7. controuv. cap. 5.

Objic. VI. Agnati admittuntur ad revocationem feudi,

feudi, exclusis filiis. 2.f.26. §.5. *vers. Titius.* ergo filii jus revocandi non habent. R. cum *D. Gletle d. n. 3.* agnatos ad revocationem feudi ita demum admitti exclusis filiis, si isti aut consenserint, aut annali silentio jus suum neglexerint.

Objic. VII. Absolum est, contractum à patre celebratum progressu temporis semper irritari posse: at si filii, tempore contractus fortè necdum nati, vel saltem in minori adhuc ætate constituti, revocare possunt feudum à patre alienatum, contractus à patre celebratus progressu temporis semper irritari potest: ergo absolum est, filios posse revocare feudum à patre alienatum. R. Contractum non semper irritari posse: quid si enim emptor filiorum quoque consensum exegerit? quid si de evictione, mediante stipulatione, sibi idoneè & sufficienter caverit? certè his casibus nequeunt filii revocare feudum à patre alienatum. Quòd si emptor id genus media non elegerit, damnum, quod suà culpâ sentit, sentire non videtur.

Dico II. Jure protimiseos seu retractus potest filius 9 feudum statim revocare, jure delatæ successionis verò non antè, quàm is, qui alienavit, sit mortuus. Ita *Köppen d. q. 54. n. 44. & 51. Hammel de act. cap. 32. n. 41. & seq. Gothofr. Ant. d. disp. 10. th. 3. lit. A. & B. Illustr. D. Schmid. ad statut. Bavar. tit. 11. art. 3. n. 15. Schambog. de feud. tit. 29. n. 21.* Pars prior assertionis probatur ex 2.f.26. §. 5. *vers. Titius.* ubi de agnato traditur, quòd vivo alienatore feudum distractum revocare possit: ergo cum numero agnatorum *per tradit a superius* etiam filius contineatur, ipse quoque vivo alienatore feudum distractum revocare poterit. Pars posterior constat exindè, quia, quamdiu vivit agnatus proximior, tamdiu ad successionem feudi non invitatur agnatus remotior. *d. 2.f.26. vers. Titius.* At, quamdiu vivit pater alienans, tamdiu vivit agnatus proximior; ergo quam-

Eccc

diu

diu vivit pater alienans, tamdiu filius jure delatæ successionis feudum revocare nequit.

10 Objicies potestatem patriam, quæ obstare videtur, quò minus filius vivo patre feudū revocare possit, cū censetur una, eademque persona cum patre. *Ult. Cod. de impub. & alius substit.* Obtendes reverentiam paternam, quæ prohibet contentiones inter parentes & liberos oriundas. Prætexes periculum collusionis, quā interveniente feudum, hodie cum consensu Domini à patre alienatum, cras à filio revocatur: ergo non potest filius feudum vivo patre revocare. R. ad primum, præterquàm quòd non nisi in casibus jure expressis pater & filius pro unā eademque personā habeantur; insuper in materiā feudali explorari juris esse, quòd tam parū habeatur ratio potestatis patriæ, quàm parū suitatis aut emancipationis: solummodò enim attenditur, utrū personæ ex lineā masculinā descendant. 1. f. 1. 8. § 13. *vers. et filius clientulus.* 2. f. 11. *Ludovell. tr. de successione feudi. cap. 3. §. 1. pag. m. 180.*

Ad secundum R. patrem indignè aut ægrè ferre non posse, si filius feudum revocet; aut certè similitatem, propterea inter patrem & filium ebullientem, curandam non esse: velenim pater necessitate pressus feudum alienavit, vel citra necessitatem animo maligno. Si prius; habet pater, de quo sibi gratuletur, non quod malè vertat, dum filius feudum revocat. Si posterius; rursus non apparet, cur pater, qui per alienationem jus suum, quod in feudo habuit, totum à se abdicavit, jure indignari possit filio? cū eidem facultas revocandi feudum jure proprio competat: quā proindè si utatur, nemini injuriam inferre censetur, per l. 55. ff. de R. J.

Ad tertium R. eodem probari nimium, videlicet nec ab alio agnato revocari posse feudum à patre alienatum; quia etiam hoc casu collusio timeri posset, mediante quā feu-

feudum, hodie cum consensu Domini à patre alienatum, cras ab agnato revocetur. Dissentit *Andr. Fachin. lib. 7. controuv. cap. 19.*

Dico III. Si filius feudum revocare velit jure protimiseos, 11
tenetur idem pretium reddere, quod emptor primus dedit: quòd si verò revocare velit jure delatæ successionis, reddere pretium non tenetur. Ita *Illustr. D. Schmid ubi supra. Haunold d. n. 835. Schambog. d. n. 21. Gothofr. Ant. d. th. 3. lit. C. Andreas de Ifernina, Alvarot. Zas. Sonsbeck. & alii apud Pistor. d. q. 13. n. 18.* Membrum prius assertionis patet ex *cit. 2. f. 26. § 5. vers. Titius.* ibi: quòd si Titius filios proprios haberet, pretio reddito etiam vivo Titio &c.

Posterius autem probatur tum per textum specialem in *d. vers. Titius.* ubi perspicuè dicitur, quòd mortuo venditore agnatus feudum, nullo dato pretio, recuperare possit: tum per textus generales in *l. 27. Cod. de evict. & l. 7. Cod. communia utriusque judicii.* in quibus locis satis indicatur, pretium reddendum non esse; neque evictionem præstandam, si res, evictioni suapte indole obnoxia, à sciente emptæ fuerit: ergo cum feudum suapte indole, & vi antiquæ investituræ evictioni sit obnoxium, pretium refundendum non erit, si scienti fuerit venditum. Sed contra prius membrum.

Objicies cum *Illustr. D. Frid. Schenck L. B. ab A. 12*
Schaffenburg. Filius non habet numos, quibus pretium emptori refundat, cum liberis rarò peculium castrense vel quasi tale suppetat: ergo non potest filius feudum jure protimiseos revocare. R. Esto liberi peculio castrensi, & quasi tali destituantur, iisdem tamen suppetere posse peculium adventitium irregulare seu extraordinarium; quod in quatuor casibus tale evadere, patet ex *quæst. 14. supra à num. 2.*

Deinde experientia docet, filios familiæ quotidie, vivis licèt parentibus suis, in alias domos, quasi colonias, exire,

separatim habitare, sibi que non parentibus acquirere. Vid. *prodrom. Justin. lib. 1. tit. 12. n. 1. inf.* Et ampliùs Samuel Stryck in *specimine usûs moderni Pandectarum lib. 1. tit. 7. §. 18. Et seqq.* Imò demus, filium non habere propria bona ; indè tamen haud sequitur , pretium emptori reddi non posse. Facile enim filius ex amicis quemdam , aut extraneum inveniet , qui , si non gratis , saltem sub fœnore pecunias eò promptiùs subministrabit, quo apertiùs videt, è re filii esse , ut feudum recuperet ; prout respondet *Franciscus Sonsbeck apud Hartman. Pistor. d. q. 13. n. 20.*

13

Dico IV. Filius, feudum revocare volens jure proximiferos, tenetur id revocare intra annum, à die scientiæ numerandum ; revocaturus autem jure delatæ successionis, habet integros 30. annos, computandos à tempore, quo successio fuit delata. Ita *Schrad. de feudis part. 8. cap. 7. n. 40. Haunold ubi supra. n. 836. Köppen d. q. 54. n. 48. 49. 54. 59. Et 96. Gotkoffr. Ant. d. disp. 10. th. 6. lit. D. apud quem Mynfinger ait, sententiam hanc in judicando sequendam esse.* Constat assertio duabus partibus. Quoad priorem evincitur per textum rotundum in *d. 2. f. 26. §. 5. vers. Titius.* ibi: *quòd si consensit alienationi, vel per annum, ex quo servit, tacuit, omninò removebitur.* Quoad posteriorem partem probatur hoc modo : regulariter omnis actio durat 30. annis. *l. 1. §. 1. Cod. de annali except. l. 2. Cod. de constit. pecun. l. 3. Cod. de prescript. 30. vel 40. annorum.* ergo etiam actio revocatoria feudi. Deinde actio hæc fundatur in jure delatæ successionis : ergo cùm jus succedendi duret integris 30. annis, durabit quoque hæc actio. Quòd si rationem diversæ durationis quoad jus revocandi & redimendi petas, dabit eandem *Schraderus apud Haunold d. contro. 11. num. 836.* & quidem hanc , quòd nimirum jus revocandi filiis competat jure proprio, & ex dispositione juris communis ;
jus

jus verò redimendi conveniat ex speciali beneficio legis contra juris communis dispositionem. Ea autem, quæ ex dispositione legis communis competunt, cæteris firmiora esse solent. Confer *Fachin. 7. contr. c. 11.*



QUÆSTIO XVIII.

Quibus modis feudum, legitimè constitutum & acquisitum, finiatur?

SUMMARIA.

1. *Feudum modo alio finitur, alio amittitur.*
2. *Finitur imprimis interitu rei.*
3. & 4. *Ferè sicut usufructus.*
5. *Deinde finitur morte vasalli.*
6. *Et Domini.*
7. *Utriusque tam civili, quàm naturali.*

Contraria feudi sunt modi, quibus feudum, legitimè constitutum & acquisitum, vel finitur, vel amittitur. Finiri feudum dicitur, cum omninò extinguitur, & feudum esse desinit; amitti verò, cum is, qui antè possidebat, habere desinit, esto feudum adhuc permaneat.

Finitur autem feudum vel ex re ipsâ, vel ex personis. Ex re ipsâ, si res, in quâ constitutum est, intereat, exemplo usufructûs & emphyteuseos, quæ totius rei interitu finiuntur. §. 3. *inf. Inst. de usufructu. l. 5. §. 2. & 3. l. 10. ff. quibus mo-*

Efff

dis

dis ususfructus amittitur. l. 1. Cod. de jure emphyteutico. Ex ratione, quòd sublatâ re, tanquàm subjecto juris, ipsum quoque jus tollatur, necesse sit. *l. 2. ff. de ususfructu. &c.*

- 3 Interitus autem rei fieri potest diversimodè, puta, incendio, chasmate, terræ motu, inundatione, calamitate bellicâ, quâ prædia occupantur ab hostibus &c. prout horum casuum fatalium passim mentio fit in jure communi. *d. §. 3. Inst. de usufr. l. 15. §. 2. ff. locati. l. 30. §. 3. ff. de acq. vel amit. possess. l. 12. §. ult. ff. de rebus authorit. jud. possid.*
- 4 Planè in eo differentia notanda est, quòd, si ususfructu domûs legato superficies exusta sit, aut suo vitio corruerit, etiam areæ ususfructus pereat. *d. §. 3. inf. Inst. de usufructu. &c. d. l. 5. §. 2. ff. quibus modis ususfructus amittitur.* Econtra feudum subsistit in areâ, esto ædes incendio consumptæ fuerint, vel corruerint. Rationem differentiæ dat *Struvius in syntag. Jur. feud. cap. 15. aph. 4.* quòd ususfructus potius in superficie, quàm solo consistat: jus feudi autem, utpote species dominii, ipsam ædium substantiam afficiat, atque in solum & aream quoque penetret.

- 5 Persona est vel vasalli, vel Domini. Ex personâ vasalli finitur feudum, si moriatur, & eo defuncto non supersit alius, cui vel ex investiturâ, vel ex ultimâ voluntate (forè quòd feudi genus talem dispositionem admittat) jus succedendi in feudo competat; vel si natura feudi successorum feudalem non admittat, qualia sunt feudum Cameræ, cavenæ, guardiæ, gastaldiæ. *l. f. 5. in princ. vers. rursus. l. f. 13. vers. etsi clientulus. l. f. 18. c. 1. §. 2. f. 9. in pr.* quibus casibus feudum ad proprietatem revertitur, ita ut nudæ proprietatis, seu directus Dominus plenam in re potestatem habere incipiat, prout de ususfructu, cum quo feudum magnam affinitatem habet, scriptum legitur in *d. §. 3. Inst. de usufr. §. l. 15. inf. ff. de castrensi peculio.* Et quidem ita liberè revertitur ad Dominum, ut hic ad petitionem proximorum

agnas

agnatorum feudum, morte vasalli ad se devolutum, iisdem confirmare non teneatur, quamvis id velit *Curtius junior. tr. de feud. part. 2. quest. 15. pag. m. 149.* ubi insuper *Alex.* testatur, hanc opinionem propter auctoritatem *Bartoli* in practicâ sæpius servari. Certè tantum abest, ut sententiæ huic textus juris feudalis suffragetur, ut potius ex adductis textibus manifestè appareat, feudum reverti ad Dominum, cui proinde libera rei suæ alienatio denegari non debet, *arg. l. 21. Cod. mandati.* Magis itaque credendum *Julio Claro*, qui *lib. 4. sent. § feudum. q. 87.* testatur, se opinionem *Bartoli* in practicâ servari non vidisse.

Ex personâ Domini itidem finitur feudum morte ejus. Si enim Dominus decedat, & nemine eorum, qui necessitudine quâdam eundem attingant, hærede existente, dominium directum, tanquàm bonum vacans, prætendat fiscus, hunc vasallus excludit, fitque plenus fundi Dominus. Ita jure cautum esse, tradit *Vult. de feud. lib. 1. cap. 11. n. 7.* Sed absque textu, ut benè notat *Schambogen tr. de feud. tit. 26. n. 3. in f.* Rationem autem extinctionis affert *Struv. d. cap. 15. apb. 3. n. 3.* quia videlicet Dominus, qui feudum concessit, ut à se, & hæredibus suis recognosceretur, tacitè voluisse censetur, ut hæredibus non extantibus plenum dominium ei, cui jure feudi rem tradidit, antè fiscum obveniat. Ubi notanda clausula, quam *Struv. ibid.* apponit: nimirum tale bonum allodiale nihilominus illam qualitatem retinere, ut successio solummodò ad masculos pertineat, nè aliàs agnatis jus quæsitum habentibus præjudicetur, si filiæ quoque ad successionem pertingerent.

Dicta de morte naturali, sunt etiam intelligenda de civili. Nam sive vasallus, sive Dominus maximam aut mediam capitis deminutionem patiatur, feudum finitur, prout ex iisdem capitibus usufructum finiri, diximus *lib. 2. Inst. tit. 4. part. 1. n. 27.* Rationem reddit *Vult. d. c. 11.*

n 8. quia feudorum origo non ex jure naturæ, sed ex jure civili promanavit, cujus capaces non sunt, qui maximam aut mediam capitis diminutionem sunt passi. Adde, quòd tales repellantur à militiâ; ergo nec admitti debent ad feuda, ut quæ plerumque propter servitia militaria conceduntur.



QUÆSTIO XIX.

Quo Sensu verum sit, quòd vasallus, oppugnando vitam, aut lædendo famam Domini, feudum amittat?

S V M M A R I A.

1. *Jure novo non est amplius in arbitrio Domini, vasallo feudum auferre pro lubitu.*
2. *Referuntur varii modi, quibus vasallus feudum amittit.*
3. *Inter quos est, si Domino necem, vel aliàs violentas manus inferat.*
4. *Expenditur, quid juris, si conatus effectum non sit sortitus.*
5. *Esto vasallus manum duntaxat contra Dominum levaverit, quasi percussurus, feudum tamen amittit.*
6. *Aliud dicendum, si Dominum propria defensionis gratiâ occideris.*

7. *Aut.*

7. *Aut in adulterio cum uxore suâ deprehensum.*
8. *In columitatem Domini oppugnat vasallus, si cum hostibus Domini amicitiam inierit in perniciem Domini.*
9. *Quod in foro externo prasumitur, non tamen sine distinctione.*
10. & 11. *Vasallus, feudum à duobus Dominis recognoscens, tenetur servire antiquiori, bellum gerenti.*
12. *Aut, si neuter Dominorum sit antiquior, neutri, vel utrique per substitutum.*
13. *Famam Domini ledit vasallus, si testimonium contra Dominum spontè dicat.*
14. *Si Dominum atrocibus conviciis afficiat:*
15. *Si eundem deferendo, graviter damnificet, quod variè ampliatur.*
16. *Et diversimode limitatur.*
17. 18. & 19. *Vasallus accusans Dominum, aut testimonium contra eum dicens de crimine capitali, licèt vero, nihilominus feudo privandus est.*
20. & 21. *Similiter, si eundem accuset in causâ levi, judex autem pœnâ legitimâ graviores infligat.*
22. *Quâ in parte sunt, qui ætati per restitutionem in integrum succurrendum existiment.*
23. *Sed malè.*
24. *Prout ex solutione contrariorum argumentorum patet.*
25. & 26. *Vasallus feudo etiam tunc excidit, cùm de crimine civiliter contra Dominum agit.*
27. & 28. *Aut in causâ criminali contra eundem malè judicat: secus, si justè.*



1 **Q**uoniam erat in arbitrio Domini, feudum, quandoque vellet, auferendi vasallo. 1. f. 1. §. 1. *ibi antiquissimo &c.* Postea verò placuit, ut vasallus juxta regularem feudi naturam, feudum sine causâ non amitteret, nec sine culpâ devestiri posset. 1. f. 7. *ibi in pr. natura feudi hæc est &c.*

2 Feudum itaque amittitur vel culpâ vasalli, vel sine eâ. Culpa, quæ hic tam latè sumitur, ut etiam dolum comprehendat, termino tecnico in jure feudali feloniam dicitur. 2. f. 26. §. 5. *vers. Domino committente &c.* Vox hæc vel à præterito perfectio verbi *fallo*, undè nonnulli *fallonia* dicunt, vel à græco *philosis* sive *philoma*, quod fraudem, imposturam, & deceptionem significat, vel potius à germanico *fehlen*/quod idem est, ac errare, peccare, & culpam committere, ortum trahit. Consistit autem culpa vel in committendo, vel in omittendo. Illa vel respicit Dominum, vel alium. Dominum respiciens vel concernit personam ejus, vel rem ejusdem familiarem. Concernens personam Domini, vel concernit eandem principaliter, vel per consequentiam tantum. Directò & principaliter in personam Domini delinquit vasallus dupliciter, oppugnando vitam aut incolumitatem ejus, & lædendo ipsius famam.

3 Vitam oppugnat, si Domino necem armis, veneno, aut quocunque alio modo afferat, vel aliàs impias & violentas manus vel per se, vel per alium, quem subornavit, aut cui consilium dedit, inferat, vel vulnerando, vel simpliciter pulsando & verberando. 2. f. 6. 7. §. 24. §. 2. *vers. porro. ibi: si Dominum assalierit &c.* ubi teste Zasio per assultum intelligitur impetus in personam vel locum, sive hoc pedibus fiat, velequo, aut machinis, vel aliâ quâcunque re assaliatur. *Schambog. de feudis tit. 21. n. 2.* Idem est, si non interficiat, sed insidias saltem struat, aut manus inferre laboreat. 1. f. 5. *in pr. vers. similiter.* 1. f. 17. 2. f. 51. §. 2. §. 2. f. 57. Diversum obtinet, si tantum

tum voluerit Dominum offendere, neque tamen voluntas in actum externum proruperit, vel, ut cum feudista in *d. 2. f. 51. §. 2.* exprimam, si vasallus non laboraverit. Nam cogitationis poenam nemo patitur. *l. 18. ff. de poenis.* Sed

Quæritur I. Quid si vasallus laboraverit quidem, ac 4
animum, quo necem Domini meditatus est, actu quodam
externo manifestaverit, insidiatus tamen non fuerit, sed poenitentia ductus destiterit, & conatum ad effectum non perduxerit? Videtur, eundem nihilominus beneficio suo excidere, propter textus in *l. 17. §. 1. ff. de ædilitio edicto.* & *l. 65. ff. de furtis.* ubi JC. Ulpianus ait, neminem poenitentiam suam nocentem esse desinere. Cui adstipulatur Cajus in *l. 5. ff. de vi bon. rapt.* dicens, non prodesse raptori ad evitandam poenam, quod rem raptam antequam iudicium restituat.

Schambog. d. loc. & Haunold. de J. & J. tr. 9. cap. 5. contrav. 14. §. 2. n. 865. ita distinguunt: vel destitit vasallus sponte, vel coacte, aut aliter impeditus. Priore casu excusatur. Posteriore juvandus non est, ex eo, quod effectus non fuerit secutus. Quam distinctionem suggerere videntur verba, *d. 2. f. 51. §. 2.* ibi: *si non laboraverit &c.* & ibi: *etiamsi laboraverit &c.*

Ad obstantes textus juris communis R. illos intelligendos esse de causa delicti jam consummati; ita enim sonant formalia Ulpiani: Nemo NB. tali peccato poenitentiam suam nocens esse desit.

Quæritur II. Si vasallus manum duntaxat contra 5
Dominum levaverit, quasi percussurus, non autem percussit, an feudum amittat? Ratio dubitandi facile desumitur ex mox data distinctione, sub qua responsum est, poenitentiam, quam vasallus sponte ducitur, eundem excusare à feloniam. Sed nihilominus respondendum, feudum amitti. Ratio est, quia, quando vasallus graves & inhonestas injurias contra Dominum committit, amittit feudum.

d.2. f.24. §. 2. vers. porro. ergo etiam amittit ob talem elevationem manûs, ut quæ ipsa injuria est. *l. 15. §. 1. ff. de injuriis.* & quidem ex qualitate vasalli eam inferentis, & personæ Domini, cui infertur, injuria atrox, per textum in § 9. *J. d. t.* Unde ratio dubitandi sua sponte cessat, quia eandem duntaxat procedere diximus in delictis nondum consummatis, juxta leges supra à nobis citatas. Vid. *Luduv. in synopsi Jur. feud. c. 16. pag. m. 327. Schambog. d. tit. 21. n. 4. Curtius jun. part. 4. princ. Jur. feudal. n. 34. Vult. lib. 1. cap. 11. num. 30.*

6 Planè si vasallus Dominum occidat sui defendendi ergo, & cum moderamine inculpatae tutelæ (de quo *Hau-nold de J. & J. tom. 6. tract. 2. cap. 2. n. 307. & seqq.*) poenam privationis non incurrit, cum vim vi repellere, omni jure concessum sit. *l. 3. ff. de J. & J. l. 45. §. 4. ff. ad l. aquil.* atque hanc defendendi necessitatem in dubio præsumendam existimat *Vult. d. cap. 11. n. 20. in f.* ita ut Domino vim vel insidias alleganti incumbat probatio.

7 Similiter si Dominum, in adulterio cum uxore suâ deprehensum, occidat. Quamvis enim homicidium hoc casu non omninò impunitum sit, sed, poenâ ordinariâ Legis Corneliæ ob justum dolorem, quem temperare difficilimum est, quiescente, poena arbitraria locum habeat. *l. 38. §. 8. ff. l. 4. Cod. ad l. Jul. de adult. & ibi Brunnemann num. 6.* interim tamen certi juris est, vasallum non privari feudo, si delinquat contra Dominum prius delinquentem. Atqui Dominus, adulterium cum uxore vasalli committens, reciprocam fidem prius violat, & jure suo, quod in vasallum habuit, se ipsum indignum reddit, ergo &c. *Schrad. de feudis part. 9. cap. 4. n. 92.* Equidem libertus Patronum, in adulterio uxoris deprehensum, impunè occidere non potest. *d. l. 38. §. pen. ff. ad leg. Jul. de adult.* At hinc malè argumentum ducitur ad vasallum, prout benè advertit *Ritters.*

hus.

hus. apud Ludovell. d. cap. 16. pag. m. 328. cum libertus longè plura & majora beneficia acceperit à Patrono, quàm vasallus à Domino.

Incolumitatem Domini appugnat vasallus, si cum hostibus Domini amicitiam copulaverit, id est, conjuraverit contra Dominum, & in perniciem ejus hostibus se junxerit. Simplex amicitia, bonâ fide & sine præjudicio Domini cum inimicis ejus contracta, vasallo nocere non debet. *Vult. d. c. 11. n. 50.* Similiter si vasallus, justo metu compulsus, cum hostibus Domini se conjungat, culpâ vacat; nihil enim consensui tam contrarium est, quàm vis atque metus. *l. 116. princ. ff. de R. J. Vult. d. loc. n. 52.* ubi ex *Kirchovio & Rolando à Valle* testatur, ad hoc esse glossam communiter receptam.

Quæritur III. Si dubium sit, an vasallus cum inimicis Domini contraxerit amicitiam in perniciem Domini, nec nè, quid in foro externo præsumatur, & cuinam incumbat probatio, an Domino asserenti, vasallum inivisse amicitiam in perniciem Domini, num vasallo dicenti, se accessisse inimicis Domini animo alio? Præsumptionem militare contra vasallum, si post inimicitias obortas vasallus cū inimicis Domini amicitiam contraxit, volunt *Zafius, Rittershusius, Menochius*, & alii apud *Hannold. d. contr. 14. §. 2. n. 867.* eâ fortè motivatione, quòd aliàs, qui amicitiam contrahit cum inimico meo, inimicus meus esse censeatur. *l. 4. §. 3. de legationibus. l. 28. Cod. de inofficios. testam.* Horum sententiæ lubens subscribo cum *Vult. d. c. 11. n. 51.* in eo casu, quo infidelitas vasalli notoria est. Secùs autem ex. cum *Rosenthal c. 10. conclus. 12. n. 14. & Schambog. d. tit. 21. n. 7.* Domino incumbere probationem, quòd vasallus cum hostibus suis in damnum ipsius amicitiam contraxerit.

Probatur I. Non præsumitur esse in dolo, qui operam navat rei licitæ & honestæ, *arg. l. 51. pr. ff. pro socio. & l. 55. ff. de furtis.* atqui copulatio amicitiae

H h h h

est

est de rebus naturâ suâ licitis & honestis, imò est actus charitatis erga proximum præceptus, *Ecclesiast. 6. c. vers. 1.* ergo &c. Probatur II. In dubio quilibet præsumendus est

bonus, donec probetur malus: ergo in dubio quilibet præsumendus est contraxisse amicitiam secundum veras leges amicitiae, non per modum conspirationis illicitæ, quâ violatur jus Domino in vasallum competens. Probatur III.

affirmanti, non neganti, incumbit probatio. *l. 2. ff. l. 23. Cod. de probat.* atqui Dominus in dato casu affirmat, amicitiam in suum dispendium contractam esse, quod vasallus optimo jure negat; ergo Domino incumbit probatio, vasallum in perniciem suam iniisse amicitiam. Ad rationem con-

trariam R. præsumptionem, quâ amicitiam cum inimico meo contrahens, inimicus meus esse censetur, debiliorem esse præsumptione fidei, quâ vasallus Domino obstrictus est, & ob quam non facile in perniciem Domini quidquam moliri creditur.

- 10 Quæritur IV. Quid juris, si quis (ut de Duce Lotharingiæ, quod tam à Rege Galliæ, quàm ab Imperatore feudum habeat, refert *Rittershusius*) à duobus feudum habens, Dominis inter se bellum gerentibus, uni assistat contra alterum, an feudum amittat illius, contra quem servit? *Nicolaus Everhardus apud Haunold d. §. 2. n. 868.* respondet negativè, sententiam suam declarans exemplo ducis Brabantiae, qui, cum esset vasallus Romani Imperatoris & Regis Galliæ, illius quidem ratione variorum ducatum & comitatum, hujus verò ratione comitatûs Flandriæ & Artesii, confœderationem fecit cum vicinis Anglis, antiquis hostibus Regum Franciæ. Hanc memoratus Author, ut rite factam, eâ formalitate defendit, quod facta fuerit à duce Brabantiae quâ tali, non tanquàm comite Flandriæ & Artesii, sed ratione aliarum ditionum, quæ nihil commune habebant cum Rege Franciæ.

Ego R. I. Quod, si ex duobus

bus Dominis unus sit antiquior, vasallus feudum non amittat. Ratio est, quia vasallo non potest imputari ad culpam, si vasallus id agat, ad quod agendum de jure tenetur: atqui vasallus de jure tenetur juvare Dominum antiquiorem contra juniorem. 2. f. 28. in f. & 2. f. 55. §. 1. *vers. illud quoque.* ergo &c. R. II. Si neuter Dominorum sit antiquior, tenetur vasallus vi sui juramenti abstinere, quantum in se est, ut neutri serviat, vel certè non magis uni, quàm alteri, mittendo medietatem reddituum seu fructuum feudi: aut utrique serviendo per substitutum. Ratio est, quia ex unâ parte vasallus vi juramenti non obligatur uni servire præ altero, cum juramentum videatur semper hanc tacitam conditionem & exceptionem habere imbibitam: *excepto eo, à quo etiam feudum habiturus sum tunc, quando pugnandum erit.* Ex alterâ parte autem juramento obstringitur vasallus, nè juvet hostes sui Domini. 2. f. 6. ibi: *nè sit ei in damno de suis possessionibus.* At obligationi huic vasallus non satisfaceret, si magis uni Domino serviret, quàm alteri, cum etiam diversus respectus vasallum salvare non videatur, & in dato exemplo facile replicari possit, cur dux Brabantiae non servierit Regi Franciae, ut comes Flandriae & Artesii? ergo tenetur vasallus neutri servire, vel æqualiter, ut neuter conqueri possit.

Famam Domini lædit vasallus primò, si testimoniū 13 contra Dominum spontè dicat. 2. f. 33. §. 1. Dixi *spontè.* Quòd si judex excusatione vasalli in super habitâ, invitum & reluctantem ad testimonium dicendum coegerit, feudum non amittit, cum nulla ipsi culpa imputari possit. *Ludov. ubi supra. cap. 14. pag. m. 291.* Secundò si Domino graves injurias verbales inferat, sive conviciis atrocibus eundem afficiat. Prout teste *Haunoldo d. §. 2. n. 866.* communis tenet feudistarum sententia. Esto enim textus in 2. f. 24. §. 2. *vers. porro.* de solâ injuriâ reali loqui videatur, dum ibidem

dicitur, quòd, si vasallus Dominum assalierit, vel vicum, in quo est, per vim aggressus fuerit, vel impias manus in personam Domini ubicunque ingesserit &c. beneficium amittat ; quia tamen juxta textum in 2. f. 7. ubi nova fidelitatis forma habetur, vasallus jurare debet, se nunquam scienter futurum in consilio vel facto, quo Dominus in personam læsionem aliquam, vel injuriam, vel contumeliam recipiat &c. rectè inferitur, vasallum, inferendo graves injurias verbales, contra juramentum agere, ac feudo privandum esse. Accedit, quòd in memorato 2. f. 24. post allegata formalia legere sit : *vel alias graves vel inhonestas injurias intulerit* &c. quæ verba generaliora sunt, quàm ut ad injurias reales restringi possint. Ex dictis suà spontè sequitur, feudum amitti, si vasallus famosum libellum de Domino sparserit, quæ utique gravissima injuria est, ut *lib. 4. Instit. tit. 4. §. 11.* scripsimus. Confer *Hannold. d. loc.* Tertiò denique læditur fama Domini, si vasallus eundem deferat, & delatione illà Dominus grave dispendium sustineat. *d. 2. f. 24. §. 2. vers. item si delator* &c. quod non tantum juxta proprietatem verborum, & *t. t. Codicis de delatoribus*, intelligendum est de vasallo, qui præmii causâ fisco denunciât, Dominum bona quædam ad fiscum pertinentia possidere, sed etiam

Procedit I. De vasallo accusatore. 2. f. 33. §. 1. *vers. similiter*. quem nonnunquam delatorem vocari, constat ex *l. 15. §. 18. ff. de jure fisci*. quemadmodum etiam in materiâ exhæredationis accusator & delator pariter puniuntur. *nov. 115. c. 3.* ubi tamen cum *Curt. jun. p. 4. n. 62.* advertendum, quòd in delatore textus requirat, ut Dominus ex delatione illà grave dispendium sustineat : quod in accusatore fortè ideò non exigit, quia hic principaliter committit injuriam circa personam ipsius Domini, ubi grave damnum bonis illatum non consideratur. Econtra delator principaliter respicit bona,

bona, & ademptionem illorum intendit, undè & gravitas damni apud ipsum meritò attenditur.

Procedit II. De vasallo, qui ipse quidem non accusat, alium autem accusatorem subornat, submittit, aut pro alio accusatore fidejubet, vel Dominum accusanti patrocini-
um præstat. *Haunold d. § 2. n. 859. Luduvell ubi supra cap. 16. p. m. 332. Lauterbach ff. de postulando §. 14.*

Econtra fallunt dicta I. Si vasallus suam, suorum-
que injuriam prosequatur. *arg. 2. f. 28. inf. pr. l. 1. §. 43. ff. de vi & vi armata. l. 11. §. 1. ff. de accusat. & ibi Gothofred. lit. N. Vult. d. c. 11. n. 44. Curt. jun. d. p. 4. n. 8. & 65. ubi circa suo-
rum injuriam prudenter dubitat, an ejus prosecutio vasal-
lum excuset, cum in d. 2. f. 28. inf. jubeatur juvare Domi-
num, etiam contra fratrem, patrem, & filium. Schambog. d. tit. 21. n. 9.*

Fallunt II. Si de crimine læsæ Majestatis Dominum
accuset: quoniam & liberi parentes hoc casu reos facere
sine metu exhæredationis possunt. *nov. 115. c. 3. §. 3. & servi
Dominos. l. 7. §. 2. ff. ad l. Jul. Majest. l. ult. §. 7. Cod. de dela-
toribus.* estque obvium, quòd publica utilitas quibuscun-
que privatis commodis & juribus præferri debeat. Imò
vasallus ob talem accusationem, laudem meretur & præ-
mium.

Fallunt III. Si vasallus poenitentia ductus, impetra-
tâ abolitione, ab accusatione desistat. *arg. l. 14. §. 8. ff. de bo-
nis libertorum.* ubi filius patroni non privatur successione
liberti, si eum accusaverit, & ab accusatione antè sententiã
destiterit. Secus dicendum, si ideò desistat, quia crimen à
se intentatum, & probari cæptum, probare non potest. *Curt.
jun. d. p. 4. n. 66. pag. m. 368.*

Fallunt IV. Si vasallus ex officio, aut necessitate le-
gis, fortè quòd fiscalis sit, aut hæres defuncti, cujus necem

vindicare debet Dominum accuset. *arg. §. 4. & 5. Inst. de in-
off. testam. l. 5. §. 9. & 13. l. 22. pr. ff. de his, quæ ut indignis &c.*

Fallunt V. Si vasallus testimonium dicat in causâ
feudali. *2. f. 2. ibi in pr. nam si instrumentum defecerit &c. 2.
f. 32. ibi in pr. sive clericus &c. & 2. f. 33. pr. vers. quod autem
dictum est &c.*

17 Quæritur V. Utrum vasallus accusans Dominum,
aut testimonium contra eum dicens de crimine capitali, sed
vero, feudo sit privandus? Dixeris cum *Andrea de Iser-
nia & Alvarotto*, quòd non. Ex ratione, quòd non oporteat
impunita esse maleficia. *l. 51. §. 2. ff. ad l. aquil.* sed ex-
pediat, nota esse peccata nocentium. *l. 18. pr. ff. de injuriis.*
at impunita sæpè manerent maleficia, & nota non fierent
peccata nocentium, nisi vasallus Dominum de vero crimi-
ne sine metu amittendi feudum accusare posset, ergo &c.

18 Communiortamen, & verior sententia affirmat.
Ita *Schambog. d. n. 9. Curt. jun. d. p. 4. n. 63. Haunold d. §. 2.
n. 869.* Probatur I. ex *2. f. 33. §. 1. vers. similiter.* ubi pro-

hibetur vasallus Dominum accusare, vel testimonium con-
tra eum reddere in causâ criminali; quod utique de vero
crimine intelligendum, cum ex *t. t. ff. ad SC. Turpill.* satis
constet, quòd nemini liceat, de falso crimine aliquem accu-
sare, ergo &c.

Prob. II. ex *l. 6. Cod. de delatoribus*, ubi
Imperatores Gratian. Valent. & Theod. Pallio consulari Ly-
diæ rescripserunt, servum Domini delatorem in exemplum
omnium proditorum severissimæ sententiæ subjugandum
esse, etiamsi objecta probaverit: ergo etiam vasallus, Do-
mini accusator, privabitur feudo, licèt crimen probaverit.

Certè ratio, cur servus in *d. l. 6.* severissimæ sententiæ
subjugari jubetur, esto crimen probaverit, stat in odio, quo
lex servum persequitur, quia scilicet fuit proditor Domini,
secreta ejus revelando. At vasallum quoque secreta Do-
mini custodire teneri, notum est ex ejusdem juramento fi-
deli.

delitatis ; ergo etiam vasallus erit privandus feudo , si Dominum de vero crimine accusaverit. Probatur III. Filius accusator patris potest exhæredari , tametsi illud crimen probaverit. *nov. 115. c. 3. §. 3. Manz. tr. de testam. valido & invalido tit. 10. q. 6. n. 11.* ergo etiam tali casu vasallus feudo privari poterit.

Neque obstat ratio in contrarium adducta. Esto 19 enim Reipublicæ intersit , delicta non manere impunita , hinc tamen non sequitur , quemlibet accusare posse , cum etiam de jure civili certæ personæ ab accusando arceantur. *l. 4. l. 8. & seqq. ff. de accusat.* Certè vasallum ab accusatione specialiter removet arctissimum illud vinculum , quod inter ipsum & Dominum per fidelitatis jusjurandum colligatum est. Accedit , quòd , cum accusatio cuilibet de populo concedatur , vasallus eam sine præjudicio Reipublicæ potius aliis relinquere , quàm Dominum ad mortem vel supplicium postulare debeat , ut in simili de liberis erga parentes tradit *cit. Manz. ius.*

Quæritur VI. An feudum amittat vasallus , accusando Dominum in causâ levi , in quâ tamen judex si- 20 ve dolo , si-ve culpâ , si-ve severitate suâ poenam gravio-rem contra jus inflixit ? Negativam tenet *Glossa apud Curt. jun. d. p. 4. n. 65. inf.* quæ sententia fundamentum habere videtur in *l. 51. pr. ff. de evict.* ubi dicitur , quòd si per imprudentiam judicis emptor condemnatus sit , actio de evictione contra venditorem non detur , quia injuria hæc emptori illata , non debet venditorem contingere : ergo etiam , cum culpa judicis vasallum nocere non debeat , poterit Dominum saltem in causâ levi criminaliter accusare. Quam proindè sententiam communiorem & benigniorem dicit *Hannold d. §. 2. n. 870.* & fortassis ob Authoritatem *Alvarotti, Schraderi,* & aliorum , in tribunalibus obtinere existimat. Sed si 21 textus in *d. 2. f. 33. §. 1. vers. similiter.* inspiciatur , aliud respon-

dendum videtur : dicitur enim ibidem, quòd vasallus Dominum accusare, vel testimonium contra eum reddere non debeat in civili causâ modicâ, aut criminali. Quibus verbis motus *Rosenthal* affirmativè respondet cum longo *syrrmate* Doctorum, quos pro more suo *cap. 10. concl. 22. n. 41. litt. Xx.* adducit.

Neque dicas *ly modicâ* referendum esse ad solum testimonium, ad accusationem non etiam. Contra enim est, quòd factâ hâc relatione vasallus ob testimonium, in causâ levi adversus Dominum dictum, gravius puniretur, quàm si Dominum accusâset ; cùm tamen testimonium non reddatur ultrò & motu proprio, sed ab eo, qui citatus juramentum præstitit ; accusatio verò ultrò & spontè fiat, proindeque graviolem poenam mereatur.

- 22 Quæritur VII. An ætati per restitutionem in integrum succurratur, si minor sit vasallus, qui Dominum accusat ? Ita censet *Curtius jun. d. p. 4. n. 68.* cui opinioni suffragari videntur varia juris loca. Nam I. in regulam juris abiit, quòd in omnibus ferè poenalibus judiciis & ætati, & imprudentiæ succurratur. *l. 108. ff. de R. J.* II. in *l. 16 §. 3. in f. ff. de pœnis.* dilucidè asseritur, in impositione poenarum rationem ætatis habendam esse. III. in *l. 37. §. 1. ff. de minoribus &c.* perspicuè dicitur, quòd minor ætas judicem ad poenam mitiorem quandoque moveat. IV. in *l. 5. §. 9. ff. de his, quæ ut indignis &c.* Paulus expressè ait, ætati ejus, qui falsum testamentum accusavit, ignosci. V. si minor 25. annis libertum capitis accusaverit, à bonorum possessione contra tabulas non excluditur. *l. 14. §. 1. ff. de bonis libertorum.* VI. Mater 25 annis minor à successionem non repellitur, si liberis tutorem petere omiserit. *l. 2 Cod. si adversus delictum.* VII. Hæreditas minori non aufertur, si necem defuncti non vindicaverit. *l. 6. Cod. de his, quibus ut indignis &c.* Certè minor minori longè & in-

firmio-

firmiore judicio regitur, quàm major aliquis, adeoque æquum est, ut eundem eadem pœna non teneat, quæ tenet minorem. Sed contrarium rectius sentiunt *Hauhold.* 23

d. §. 2. n. 871. & Luduvell d. cap. 16. n. 4. pag. m. 330. Prob. in delictis, quæ dolo patrantur (atrocioribus præsertim) ætatis suffragio minor non juvatur. *l. 9. §. 2. ff. de minoribus & c. l. 1. l. 2. Cod. si adversus delictum & c. l. 6. Cod. ad l. Cornel. de sicariis. l. 7. Cod. de pœnis.* atqui accusatio sapit malitiam, neque ad eam decurritur per imprudentiam; ergo &c.

Ad oppositos primos duos textus & ibi per ætatem non designari minorennitatem, sed impubertatem. *lex 37. §. 1. ff. de minoribus & c.* sententiam nostram magis confirmat, dum ibidem dicitur, quòd interdum judex in delictis ad poenam mitiorem moveatur, tunc nimirum, cum tale crimen à minore admissum est, cui pœna ordinaria non legitur præstituta, aut cum delictum culpâ magis, quàm dolo admissum fuit. In *l. 5. §. 9. ff. de his, quæ ut indignis & c.*

Justus non exprimit, minorennitatem, an impubertatem, per ætatem, cui ignoscendum, intelligat. Ex *l. 14. §. 1. ff. de bonis libertorum.* Vult fieri paritas inter patronum & vasallum, quem tamen magis liberto comparandum, rectè vult *Curtius jun. d. p. 4. n. 8.* eâ annexâ differentiâ, quòd ratione juramenti vasallus plus obligetur Domino, quàm libertus Patrono. Textus in *l. 2. Cod. si adversus delictum & c. & in l. 6. Cod. de his, quibus ut indignis & c.* ideò non stringunt, quia loquuntur de levioribus duntaxat delictis. Ad ra-

tionem in fine subjunctam & sufficere, quòd minor tantæ improbitatis capax sit, quanta ad formalem malitiam delicti requiritur, & ex quâ minor ad accusandum processisse creditur. Confer *Luduvell ad l. 108. ff. de R. J. n. 7. & seqq. D. Glet le Jurisprud. terribil. tom. 1. part. 1. cap. un. §. 3. n. 28. & part. 1. select. quest. 39. Nos ad tit. 1. lib. 4. Inst. part. 1. §. 6. n. 24.*

Quæritur VIII. An vasallus feudo excidat, si civili- 25

ter, non criminaliter, de crimine contra Dominum agat ? Pro vasallo stant *Alvarot* & alii citati à *Rosenthal* d. concl. 22. n. 42. litt. Ty, propter textum in l. 14. §. 3. ff. de bonis libertorum, ubi Patronus tunc solùm possessione bonorum contra tabulas excidere dicitur, cùm libertum tali iudicio appetit, cujus poena aut supplicium habuit, aut exilium, quod sit vice deportationis. Ergo etiam vasallus tunc primùm feudo excidit, cùm criminaliter de crimine contra Dominum agit.

- 26 Sed rectiùs sine limitatione contra vasallum pronunciant *Curtius jun.* d. p. 4. n. 64. *Schambog.* d. tit. 21. num. 8. *Luduvell* d. cap. 16. pag. m. 331. *Rosenthal* ubi supra. propter textus in 2. f. 6. §. 7. in quibus vasallus jurejurando se obstringit, & promittit, quòd Dominum suum tam in ordine ad res, quàm quoad personam in omnibus juvare velit: contra quod juramentum utique agit, dum contra Dominum de crimine saltem civiliter agit.

Neque officit textus oppositus; mox enim *supra* n. 24. dictum est, à patrono ad vasallum idoneum non duci argumentum.

- 27 Quæritur IX. An vasallus privationem feudi jure mètuat, si in causa criminali contra Dominum judicet ? Sunt, qui in quæstione hâc tam rigorosè contra vasallum judicent, ut eundem feudo etiam tunc excidere velint, si justè, rectèque contra Dominum judicaverit. Ita *Alvarot* & *Bocerus* apud *Haunold* d. §. 2. n. 873. cui tamen hæc sententia meritò semper displicuit. Nam in 2. f. 24. §. 2. *vers. illud tamen non lateat* &c. inter alias causas amittendi feudum recensetur denegatio administrandæ justitiæ. ibi: *illud tamen non lateat, quòd si quis suo Domino justitiam facere noluerit, feudum, quod tenebat, perdet.* At dici non potest, vasallum Domino non administrare justitiam, si ita exigente justitiâ ex officio contra Dominum judicet; ergo &c. Ad hæc

hæc *supra* n. 13. diximus, excusari vasallum, qui adactus testimoni-
monium dicit contra Dominum : ergo excusabitur etiam,
si in criminalibus judicem contra eundem agat , cum hoc
communiter ex officio, aut adactus alienâ auctoritate faciat.
Certè filius potest esse judex in privato patris negotio. l. 77.
ff. de jud. cur non etiam vasallus in causâ Domini?

Planè si contra Dominum in causâ sive criminali, si- 28
ve civili, & hæc sive magnâ, sive exiguâ, vel dolo, vel culpâ la-
tâ, fortè quia imperitus peritos non consuluit, malè contra
Dominum judicaverit, & hoc vel ex justitiâ sententiæ, post-
modum in judicio appellationis ex iisdem actis, non ob a-
lias probationes postea à Domino exhibitas, aut adversarii
confessiones latæ, vel in casu appellationis à Domino non in-
terpositæ, aut desertæ, aliundè reluceat, vasallus feudum a-
mittit. Ita sentientibus *Rosenthal d. c. 10. concl. 24. n. 5. 13. &*
16. Curt. jun. d. p. 4. n. 73. Vult. d. cap. 11. n. 46. Quod pro-
bant I. ex d. 2. f. 24. §. 2. *vers. illud tamen non lateat &c.* II.
ex 2. f. 55. *in f.* ubi habetur, quòd si inter Dominum & vasal-
lum lis oriatur, ea per pares curiæ à Domino sub fidelitatis
debito conjuratos terminari debeat. Atqui sub debito
fidelitatis generaliter continetur, nè vasallus Domino sit in
damno de Suâ justitiâ. 2. f. 6. ergo non attentâ causâ ipsâ, sit-
ne criminalis, an civilis, modica, an magni momenti, ob
fraudem & delictum vasallus feudo privabitur. III. Pro-
bant ex l. 5. §. 12. *ff. de his, qua ut indignis &c.* ubi dicitur, Præ-
sident bonorum possessione contra tabulas indignum esse, si
testamentum falsum pronunciaverit, & appellatione
intercedente hæres scriptus obti-
nuerit.





QUÆSTIO XX.

ET

ULTIMA.

Quando vasallus in personam Domini indirectè delinquere censeatur, & propterea beneficio privari possit ?

SUMMARIA.

1. *Indirectè delinquitur in personam Domini, si vasallus cum uxore ejus concubuerit.*
2. *Vel concumbere se exercuerit.*
3. *Aut turpiter luserit.*
4. 5. 6. & 7. *Afferuntur exempla turpis lusûs.*
8. *Ad quæ turpiloquium non pertinet.*
9. *Dicta de violatione uxoris, etiam obtinent in sponsâ de futuro.*
10. *Diluuntur contraria.*
11. *Si vasallus cum concubinâ Domini concumbat, feudo privari non potest.*
12. *Solvuntur objectiones.*

13. & 14. Si vasallus illegitimam uxorem Domini, in bonâ fide constituti, comprimat, privatio feudi locum habet.
15. An in violatâ Domini viduâ idem jus obtineat, quod in violatâ uxore? Doctores non conveniunt.
16. Nostra sententia est negativa, nisi filius viduæ Domino directo successisset.
17. Enervantur adversariorum argumenta.
18. Similiter amittit vasallus beneficium, si cum filiâ, nepte ex filio, aut nuru Domini directi concumbat.
19. Item si cum sorore Domini peccet.
20. Ad quam feloniam speciem aliqui requirunt, ut soror cum fratre suo in eadem domo habitet, & ut adhuc innupta sit.
21. Alii sufficere existimant, si saltem in domo fratris habitet.
22. Verior autem opinio censet, satis esse, quod soror innupta sit.
23. Retunditur telum adversum.
24. Rursus jacturam feudi vasallus facit, si cum sorore Domine innuptæ concumbat.
25. Aut cum matre directi Domini.
26. 27. & 28. Secus, si pedissequam suâ Domine stupraverit.
29. Proponitur controversia, an, quæ de conatu, exercitio concumbendi, & de turpi lusu dicta sunt, etiam ad filiam, neptem ex filio, nurum, sororem Domini &c. extendi debeant?
30. Referuntur tres diversæ opiniones.
31. Præplacet affirmativa.
32. Vasallus, concubitum cum uxore Domini &c. solummodo in animo exercens, feudum non amittit.
33. Planè illud amissionem feudi non impedit, quod memoratæ personæ delinquenti vasallo spontè consenserint.

34. 35. & 36. *Aut palàm corpore suo turpem questum fecerint.*
 37. *Diversum obtinet, si vasallus per ignorantiam aut erro-
 rem, aliquam ex præfatis personis vitia verit.*
 38. *Vel sciente & volente Domino.*

- 1 **I**Ndirectè, mediata, & per consequentiam quamdam delinquitur in personam Domini, si in personas affectui vel potestati ipsius subjectas, aut quæ aliàs relatione dicunt ad Dominum, aliquid committatur, *arg. S. 2. Inst. & l. 1. §. 3. ff. de injuriis.* Affectui Dominico supposita est uxor, cum quâ si vasallus concubuerit, vel concumbere se exercuerit, aut turpiter luserit, beneficium amittit. Dixi I. *si vasallus concubuerit. l. 1. §. 5. in pr. vers. item si fidelis &c. & l. 1. §. 21. inf.* in quorum priore textu barbarum vocabulum *cucurbitare* legitur, & innuitur, quòd Longobardis, corbitam pro stupro vel infamiâ usurpantibus, cucurbitare Dominum idem fuerit, ac uxori Domini inferre stuprum. Dixi II. *vel concumbere se exercuerit.* Licet adulterium consummatum non fuerit. *d. l. 1. §. 5. in pr. vers. item si fidelis &c.* quemadmodum in jure communi sollicitatores alienarum nuptiarum propter voluntatem perniciosæ libidinis extra ordinem puniuntur, etsi effectu sceleris potiri non potuerint. *l. 1. pr. ff. de extraord. crim.* Dixi III. *aut turpiter luserit. d. vers. item si fidelis &c.* Ex quo ampliùs patet, ad amissionem feudi non requiri perfectum adulterium, ut mox diximus. Ratio hujus juris duplex reddi potest, tum quia ludi ita exercendi sunt, ut servetur honestas, & verecundia castis moribus perseveret. *l. un. Cod. de Majuma.* tum quia turpiter ludens cum alienâ uxore pudicitiam ejus attentasse videtur, *arg. l. 10. ff. de injuriis.*
- 4 Censetur autem vasallus cum uxore Domini turpiter lusisse l. si in ejus sinum vel ad mammas manum posuerit. Quæ exempla ab Interpretibus desumpta videntur ex
lege

lege Longobardorum 16. lib. 2. tit. 54. quæ sic habet: *si quis a-*
modo inventus fuerit cum uxore alienâ turpiter conversari,
id est, si manum in sinum aut pectus ejus miserit, vel ad alium
locum, undè turpe esse potest. II. Censetur vasallus turpi- 5

ter lusisse cum uxore Domini, si eandem luxuriosè & turpi-
ter osculatus fuerit, præsertim si id factum sit in secreto, &
in regione, ubi tales actus à personis pudicis non tolerantur.
Haunold d. §. 2. n. 877. inf. Sunt enim lascivi amplexus & o-
scula Veneres prænuntiæ adulterii, dum degustatâ naturali
illecebrâ ad ulteriores carnis delicias invitant. Unde etiam
non pauci apud *Sanchez lib. 10. de matrim. disp. 4. n. 11.* susti-
nuerunt, propter oscula & impuros amplexus procedere li-
cere ad divortium. Imò *Joannes Henricus Pottius tr. crim.*
de pœnâ conatûs c. 5. §. 3. recenset, Gallo cuidam gladii pœ-
nam dictatam & executioni mandatam fuisse, eò quòd o-
sculum mulieri nuptæ rapuisset. Refert quoque *Gregorius*
Leti in vitâ Sixti V. part. 2. lib. 4. pag. m. 320. à Sixto V. filium
cujusdam Advocati ad triremes per quinquennium fuisse
condemnatum, quòd in viâ publicâ puellæ invitæ, quam ta-
men sibi postea cum consensu matris viduæ desponsavit, o-
sculum fixisset. Quamvis nemo Jurista ignoret, legibus
constare authoritatem juris, non exemplis. *l. 13. Cod. de sen-*
tentiis & interlocutionibus omnium judicum. Neque inspi-
ciendum esse, quid Romæ factum sit, sed quid fieri debeat.
l. 12. ff. de offic. Præsidis.

Illud hic attendendum non est, laicus, an clericus la- 6
scivum fixerit osculum. Esto enim de ministris DEI nihil
sinistrum arbitrari nos oporteat. *cap. absit. 14. caus. 11. q. 3.* &
juxta monitum Nicolai Papæ in *c. in scripturis 8. dist. 96.* si
propriis oculis vidissemus sacerdotem DEI, vel aliquem eo-
rum, qui monachico habitu circumamicti sunt, peccan-
tem; chlamydem nostram explicare, & cooperire eum de-
beremus, nè ab aliquo videretur: Glossæ tamen in *d. c. ab-*

- fit. verb. sinistrum.* tenenti, quòd clericus, amplexans mulierem, præsumatur velle ei benedicere, non credimus, sed talem vasallum clericum feudo privandum existimamus cum *Rosenthal d. c. 10. concl. 28. n. 8. Pottio d. tr. c. 12. §. 8. Ludovell d. c. 16. pag. 339.* Ad cit. Glossam respondentes, eam loqui de his, quæ possunt trahi in utramque partem, bonam, & malam, juxta *can. quisquis. 1. dist. 41.* at verò hìc versamur in prohibitis, cùm Clericorum (fragilitati humanæ æquè obnoxiorum. *arg. l. 12. §. f. ff. de accusat. ibi: natura est communis*) accessus ad mulieres, non minùs suspectus, prohibitus, & punibilis sit, ac aliorum. *l. 19. Cod. de Episcopis & Clericis. cap. hospitium 17. dist. 32. c. clericus. 20. c. oportet. 23. dist. 81. c. nec aliqua. 4. caus. 27. q. 1.*
- III. Censetur vasallus turpiter lusisse cum uxore Domini, si literis amatoriis missis, aut illecebris munusculorum pudicitiam uxoris Domini sollicitaverit, familiam, & custodes corruperit, aliisque strophis ad expugnandam ejus pudicitiam usus fuerit. *Hau-nold. d. §. 2. n. 877. inf. Schambog. de feudis tit. 22. n. 5. Vult. d. c. 11. n. 55.*
- Planè sola inhonesta locutio, quam vasallus fortè cum uxore Domini habuit, aut si etiam eidem inhonestam cantilenam, nuncium, aut ambassiatam miserit, privationem feudi non inducit. *Rosenthal d. concl. 28. n. 3. Ludovell d. pag. 339.* cùm, quod in *d. 1. f. 5. in pr. vers. item si fidelis &c.* de exercitio dicitur, ad turpiloquia extendi non debeat: aliud enim est, turpiter loqui cum uxore Domini, absque eo, quòd corpus ejus attingatur; aliud, se exercere, seu laborare, ut concubitus cum illâ obtineatur. *Rosenthal d. loc. n. 2.*
- Cæterùm
- Quæritur I. An dicta de violatione uxoris etiam procedant in sponsâ Domini? Sunt, qui sponsam de præ-senti separent à sponsâ de futuro. In illâ asserunt procedere dicta de violatione uxoris, in hac non etiam. Ita *Petrus de Ravenna apud Vult. lib. 1. cap. 11. n. 57.* Sed verius est, etiam
- in

in sponsâ de futuro obtinere. Cui sententiæ subscribunt *Haunold d. contr. 14. §. 1. n. 864. Schambog. d. tit. 22. n. 7. Lud-
wvëll d. cap. 16. pag. 333. Curtius jun. d. p. 4. n. 20.* Prob. I. in edicto de injuriis, & lege Pompejâ, appellatione uxoris continetur quoque sponsa. *l. 15. §. 24. ff. de injuriis. l. 3. l. 4. ff. de l. Pomp. de Parricid.* ergo etiam in jure feudali. *1. f. 5.* Prob. II. ex *l. 13. §. 3. ff. & l. 7. Cod. ad l. Jul. de adult.* ubi etiam in sponsâ adulterium vindicari dicitur, additâ ratione: quia nec spem matrimonii violare permittitur. *Brunnemann ad d. l. 13. n. 7.*

Objic. I. Ubi non est torus, ibi nec violatio tori esse potest: sed contractis sponsalibus de futuro nondum est torus; ergo nec violatio tori esse potest. Argumentum hoc imprimis suomet pondere fatiscit, ac plus probat, quàm gratum sit adversariis, nempe adulterium nè tunc quidem committi, cùm sponsa corrumpitur de præsentī. Ubi enim non est torus, ibi nec violatio tori esse potest: sed contractis sponsalibus de præsentī, antequam novi conjuges in mutuos amplexus ruant, nondum est torus; ergo nec violatio tori esse potest. R. igitur in formâ, distinguendo majorem, ubi non est torus, neque spes tori, ibi violatio tori esse non potest, concedo, ubi non est torus, est tamen spes tori, ibi violatio tori esse non potest, nego majorem &c.

Objic. II. Adulterium committitur in nuptâ. *l. 6. §. 1. l. 34. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* sed sponsa de futuro non est nupta, nec propriè uxor. *l. 12. §. 1. ff. de ritu nupt. l. 17. in f. ff. de rebus authorit. jud. possid. seu vendundis.* ergo in sponsâ non committitur. R. disting. majorem, adulterium committitur in nuptâ, quæ est talis vel re, vel spe, esto, quæ est talis re tantùm, nego majorem. Quamvis sponsa de futuro propriè uxor non sit, pro uxore tamen habetur. *l. 4. ff. de fundo dotali. l. 5. Cod. de bonis, quæ liberis &c. Confer l. 16. ff. de sponsalibus.*

II

Quæritur II. An vasallus feudo privari possit, si cum concubinâ Domini concumbat? Poenæ privationis vasallum subjiciant *Curt. jun. d. p. 4. n. 21. Alvarot, Schenck, Zasius, Sonsbeck & alii citati à Vult. d. c. 11. n. 58.*

Quod tamen rectius negat ipse *Vultejus ibid. & cum eo P. Haunold. d. contr. 14. §. 1. n. 864. Schambog. d. tit. 22. num. 8.*

§ 9. dicens, hanc esse sententiam moderno tempore magis receptam. *Luduvell. d. c. 16. pag. 334.* qui tamen in eo se decipit, quòd putet, concubinatum Jure canonico in totum prohibitum non esse, propter textus in *can. is, qui. 4. & can. Christiano 5. dist. 34.* Sciendum enim, nomine concubinæ ibidem venire uxorem non solenniter, seu sine dotalibus tabulis ductam: Secus concubinam habere non licere, ex *can. nemo blandiatur 4. caus. 32. q. 4.* satis patescit. Cum igitur concubinam, seu (ut describitur in *l. 144. ff. de V. S. & nov. 89. c. 12. §. 4.*) fœminam solutam in figurâ conjugii, generationis gratiâ, citra affectum maritalem domi retinere, Jure Canonico, item Novissimis Imperii constitutionibus prohibitum sit. *Reformat. Imperii politica de anno 1530. tit. 33. de anno 1548. tit. 25. & Ordinat. politica de anno 1577. tit. 26.*

Hinc sententia negativa facilè probatur I. Ratio, cur vasallus, peccans cum uxore Domini, feudo priveretur, consistit in eo, quia hoc modo honestatem Domini lædit: at honestatem Domini non lædit, dum cum concubinâ Domini peccat, quia status concubinatus hodiè turpitudinis notâ sordet; ergo &c.

Prob. II. In materiâ pœnali, prout præsens est, non debet fieri extensio de casu ad casum. *arg. l. 19. in f. ff. de liberis & posthumis. l. pen. ff. de pœnis. l. 155. §. f. ff. de R. J. cap. 15. & 49. eodem in 6.* ergo cum in *l. f. 5. pr. vers. item si fidelis &c. & l. f. 21. in f.* solummodò mentio fiat de uxore, non debet extendi ad concubinam, ut quæ nè jure quidem civili uxor est, nec uxoris appellatione con-

tine-

tinetur. *l. 17. pr. ff. de act. rerum amot. l. 13. §. 6. ff. adl. Jul. de adult.*

Objic. I. Concubinatus imitatur matrimonium, ac 12
per leges nomen assumpsit. *l. 3. §. un. ff. de concubinis.* Imò
in *l. 3. Cod. de natural. liberis*, inæquale conjugium voca-
tur, & in *l. 5. Cod. ad SCtum Orfit.* licita consuetudo. Ergo
sicut ob violationem matrimonii vasallus feudo excidit, ita
etiam, si violaverit concubinam Domini. R. argu-
mentum hoc saltem de jure civili, & in favorabilibus pro-
cedere.

Objic. II. Causæ, sufficientes ad exhæredationem libe-
rorum, etiam sufficiunt ad privationem feudi. *2. f. 24. §. 2. vers. prædictis modis &c.* at filius potest exhæredari à patre,
si se ejusdem commiscuerit concubinæ. *nov. 115. c. 3. §. 6.* er-
go &c. R. I. cum *Rosenthal d. cap. 10. concl. 27. n. 17. & Clarissimo D. Hermanno Hermes p. m. disp. jurid. de exhære-
datione p. 2. th. 12. lit. C.* disparem esse rationem filii, & va-
salli, ita ut argumentum à separatis planè non procedat. Fi-
lius enim, concubinæ patris se miscens, committit ince-
stum; vasallus, concumbens cum concubinâ Domini,
simplicem fornicationem committit. R. II. cum
Schambog. negando hodie minorem. R. III. negando
majorem, cum *Vult. d. c. 11. n. 13.* nam in *d. vers. prædictis mo-
dis &c.* non statuitur regula, quasi ex iisdem causis, ex qui-
bus liberi rectè exhæredantur, vel matrimonium dissolvi-
tur, vel donatio perfecta revocatur, etiam feudum amitta-
tur; sed ostenditur saltem, causas amittendi feudum, in
principio memorati textus enumeratas, æquitati juris natu-
ralis & civilis convenire, ejusque rei argumentum esse, quòd
filius ex iisdem causis in constitutionibus civilibus exhære-
detur, matrimonium dissocietur, donatio revocetur.

Objic. III. Ideò vasallus privatur feudo, si cum u-
xore Domini concubuerit, quia per talem concubitum in-

ducitur confusio prolis, & turbatio sanguinis : at idem fit, si cum concubinâ Domini concumbat ; ergo etiam tunc privabitur feudo. R. disting. majorem, ideo vasallus privatur feudo, si cum uxore Domini concubuerit, quia per talem concubitum inducitur confusio prolis, & turbatio sanguinis, in jure feudali considerabilis, concedo, talis, qui jure feudali non attendatur, nego. Liberi naturales neque in familia Domini sunt, neque ad successionem feudi admittuntur. 2.f.26. §. 4. *vers. naturales*. adeoque in ordine ad privationem feudi illa duntaxat confusio prolis attenditur, quæ in matrimonio ex legitimâ uxore concipitur, juxta supra cit. textus in 1.f.5. §. 21.

13 Quæritur III. Quid juris, si vasallus illegitimam Domini uxorem compresserit ? *Vultejus d. cap. 11. n. 56.* distinguit inter impedimentum dirimens civile, & naturale. Illud si subsit, fortè quòd Dominus filiam familias absque parentis consensu duxerit, putat, vasallum feudo privandum. Hoc si interveniat, vasallum à poenâ privationis immunem pronunciat, non agnito discrimine, sciverintne partes contrahentes impedimentum, an ignoraverint.

14 Sed melior videtur distinctio, quâ utitur *Schambog. d. tit. 22. n. 6.* ita discurrens : vel Dominus contrahens matrimonium fuit in bonâ fide, & ignoravit impedimentum latens, vel fuit in malâ fide, & impedimenti dirimentis conscius. Priore casu videtur vasallus feudo privandus ; tum quia crimen adulterii etiam in matrimonio putativo committitur. *arg. l. 13. §. 4. ff. ad l. Jul. de adult.* ubi JCtus non negat, esse adulterium, sed saltem hoc dicit, quòd mulier in casu proposito, jure mariti accusari nequeat. *Joann. Nicol. Hertius dissert. de matrim. putativo. §. 26.* tum quia matrimonium putativum habetur pro vero in favorem liberorum. *arg. cap. 2. §. pen. qui filii sint legitimi.* ergo etiam in favorem Domini, cui per tale delictum gravis infertur injuria,

ria, cùm tamen vasallus jurare debuerit, se nunquàm aliquid facturum, quod ad injuriam Domini pertineat. 2.f.7. Posteriore casu privatio feudi locum non habet, quia, ut in præcedentis quæstionis resolutione primo loco probatum dedimus, honestatem Domini non lædit vasallus, ubi Dominus magis deliquit, quàm vasallus: at hoc fit, si Dominus matrimonium inivit cum tali fæminâ, respectu cujus scivit subesse impedimentum dirimens; ergo &c.

Quæritur IV. Quid si viduam Domini vasallus stua- 15
praverit? eundem perdere feudum, sustinent *Andreas Tiraquellus, Regius in Curia Parisiensi Senator, tr. de nobilitate cap.18.n.9. Jul. Clarus lib.4.sent. §. feudum. q.48. n.2.* dicens, esse magis communem opinionem. *Curtius jun. d. p. 4. n.20. Rosenthal d. c.10. concl. 27. n.3. & 6.* Econtra Vasallum sine metu caducitatis cum Domini sui viduâ consuescere, verius censent *Haunold d. contr.14. §.1. nu. 861. inf.* quamvis cum aliquâ formidine, prout patet ex *d. contr.14. §.2. n.880.* ubi dicit, vasallum revera agere contra suum juramentum. Magis cordatè *Schambog. d. tit. 22. n.10. Joan. Niell. disp. feudal.8. th.5. lit.B. Vult. d.c.11. n.59. Bocerus class.5. disp.20. th.56. lit.C. Ludvvell d.c.16. pag.m. 335.* qui duo posteriores tamen sensa sua limitant, si intra annum luctûs vasallus viduam Domini vitiet; quo casu eundem amissione feudi dignum reputant, quia talis vidua de se movet suspicionem adulterii, etiam vivo marito commissi. *nov.39. cap.2. vers. si enim illas &c.* sed limitatio hæc merito exploditur à *Schambog. ubi supra n.11. inf.* eò quòd sola suspicio de adulterio commisso, sine textu non sufficiat ad hoc, ut vasallus feudo privetur. Accedit, quòd annus luctûs hodie non ita observetur, ut olim. *Rosenthal d. concl.27. n.7.*

R. igitur, in violatâ Domini viduâ idem jus non ob- 16
tinere, quod in violatâ uxore, nisi filius viduæ Domino di-

recto successisset. Prius membrum prob. I. per textum in l. f. 21, *inf.* ubi disertè dicitur, vasallum beneficium amittere, si concubuerit cum uxore Domini sui, Domino vivente. Circa quas ultimas duas particulas duo advertenda sunt. Primum est, quòd iisdem utique decisus fuerit casus dubitabilis. *arg. l. 27. ff. qui testamenta facere possunt &c.* At de uxore Domini viventis nemo dubitavit, benè verò de viduâ, eò quòd per mortem mariti matrimonium quidem esset dissolutum, vidua autem nihilominus privilegiis defuncti mariti gauderet: ergo per particulas, *Domino vivente*, decisus est casus, de quo nunc quæsitum. Secundò advertendum, quòd ibidem habeantur duo ablativi absolutè positi, quorum ea solet esse natura, ut conditionem inducant, seu dispositionem conditionatam faciant. l. 58. ff. de pactis. l. 3. princ. ff. qui potiores in pignore &c. l. 18. l. 35. ff. de usuris. l. 7. §. 1. ff. soluto matrimonio. l. 93. ff. ad l. falcid. l. 63. §. 5. ff. ad SC. Trebell. atqui conditione deficiente deficit etiam dispositio. l. 7. pr. ff. de contrah. empt. l. 8. pr. ff. de peric. & commo. rei vend. l. 41. l. 44 *inf.* ff. de condit. & demonstrat. ergo &c. Prob. II. Vidua per secundas nuptias amittit honorem & dignitatem defuncti mariti. l. 8. ff. de senatoribus. l. 22. §. 1. ff. ad municipalem, & de incolis. ergo multò magis amittit per illicitum congressum. Subsumitur: sed amisso honore mariti non videtur ampliùs lædi honor Domini directi; ergo in violatâ Domini viduâ idem jus non obtinet, quod in violatâ uxore. Quoad posterius membrum probabitur assertio *infra* n. 25. ubi satisfiet illi quæsitò, an vasallus feudum amittat, si matri Domini directi semisceat? interim contra prius membrum

- 17 Objic. I. Vasallus, gravi injuriâ Dominum afficiens, privandus est feudo. 2. f. 23. pr. *vers.* de illâ tamen. ibi: egregiæ ingratitude causa &c. & 2. f. 24. §. 2. *vers.* item si delator. & §. denique *vers.* si verò. Sed vasallus, stuprum com-

committens cum viduâ Domini, videtur gravi injuriâ afficere Dominum ; neque enim vivi tantum , sed defuncti quoque subjectum injuriæ constituunt. *l. 8. pr. ff. de religios. & sumpt. fun. l. 1. §. 4. & 6. l. 27. ff. de injuriis. & nos ad eundem tit. lib. 4. Inst. §. 6. n. 18.* ergo &c. R. disting. majorem , vasallus gravi injuriâ Dominum vivum afficiens , privandus est feudo, concedo, injuriâ afficiens mortuum, nego. injuria, illata mortuo, longè levior est, quàm si illata fuisset viventi, tum quia facilè obliteratur & extinguitur, tum quia nullo doloris sensu à defuncto percipitur, tum denique quia vasallus, mortuo suo Domino, mox Dominum alium agnoscit, cui soli fidem debet.

Objic. II. Patrono semper exhibenda est reverentia, & mortuo, & vivo. *l. 4. §. 16. ff. de doli mali & metûs exceptione.* undè libertus legato vel fideicommissio, à Patrono sibi relicto, tanquàm indignus carere jubetur, si Patronum post mortem quasi illicitæ mercis negotiatorem detulerit. *l. 1. ff. de his, quæ ut indignis &c.* ergo etiam vasallus amittere feudum, si post mortem Domini, viduam ejus comprimendo, Dominum injuriâ affecerit. R. neg. conseq. disparitas est I. quia textus oppositi loquuntur de probrosis patroni factis, puta, de dolo, & illicitæ mercis negotiatione, quæ libertus etiam mortuo patrono tacere debet, nè secus mortuus patronus infamiæ maculâ notetur. At verò defuncti Domini viduam stupro contaminare, non est, turpe aliquod ejus factum manifestare ; neque indè ulla infamia in defunctum Dominum redundat. II. Disparitas est, quòd gravior requiratur ingratitude causa ad privationem feudi, quàm ad privationem legati vel fideicommissi : legatum enim merè lucrosus est, & gratuitum ; feudum verò, esto in *2. f. 23. inf.* dicatur beneficium, merè gratuitum tamen non est, cum vasallus pro eodem ad servitia militaria, & varia alia onera Domino obligetur. *2. f. 7. & 28.*

in pr. ut adeò rectè tradiderit *Hattyserus in Analyfi juris feudalis pag. m. 163. lit. H* à liberto ad vasallum non semper procedere argumentum.

18

Potestati Domini subjecta est filia, neptis ex filio, nurus, cum quibus si vasallus concubuerit, itidem beneficium amittit. *1. f. 5. in pr. vers. item si fidelis. ibi : vel si cum filiâ, aut cum nepte ex filio, aut cum nuptâ filio concubuerit &c.* Item *2. f. 24. §. 2. vers. rursus. ibi : rursus si Domini vel Dominicæ filiæ, vel nurui sese immiscuerit &c.* in quo posteriore textu non amplius mentio fit de nepte ex filio ; undè censuit *Cujacius*, etiam in priore textu loco particularum, *aut cum nepte ex filio, aut cum nuptâ filio*, legendum esse, *aut nuru*, id est, *cum nuptâ filio*. quâ viâ declinatam credidit difficultatem, quam sensisse videtur in assignandâ differentiâ inter neptem ex filiâ, & neptem ex filio. Sed temeritatem hanc corrigendi, immutandi, & transponendi textus, *lib. 3. Inst. tit. 21. §. 9. n. 31.* detestatus sum. Deinde difficile non est, rationem diversitatis assignare, cur vasallus non æquè feudo cadere debeat, si neptem ex filiâ stupraverit, quàm si neptem ex filio. Neptis nimirum ex filio manet in potestate & familiâ Domini ; neptis verò ex filiâ in potestate patris sui, vel avi paterni. *§. 3. in f. Inst. de patriâ potestate.* Esto igitur affectio parentum erga omnes liberos æqualis sit. *arg. l. 8. in f. ff. quod metûs causâ &c.* quia tamen hîc non tam affectus, quàm injuria & dedecus, quod non in avum maternum, sed patrem, aut avum paternum redundat, attenditur. *arg. §. 2. Inst. & l. 1. §. 3. ff. de injuriis.* hinc *Cujacio* absonum videri non debet, quòd vasallus propter violationem neptis ex filio privetur feudo, ob violationem neptis ex filiâ non etiam. *Vult. d. cap. 11. n. 60.*

19

Inter personas, quæ aliâs relationem dicunt ad Dominum, est ejusdem soror, cum quâ si vasallus peccaverit, feudo carere debet. *d. 1. f. 5. pr. vers. item si fidelis. ibi : aut*

cum

cum sorore Domini concubuerit &c. & d.2. f.24. §.2. vers. rursus. ibi : aut sorori &c.

Dices : si vasallus sororem Domini occiderit, feudum non amittit, cum id non amittat, occidens fratrem sui Domini. 2. f.37. in princ. ergo minus amittet, si sororem Domini stupraverit, ut quod minus est homicidio. R. neg. conseq. vasallus enim plus peccare videtur in Dominum, sororem stuprando, quàm eandem occidendo, cum ex communi bonorum virorum verecundiâ & apprehensione iste metus major, quàm mortis esse soleat. d. l.8. §.2. ff. quod metûs causâ &c. Rosenthal d. concl. 27. n.45. Haunold d. §.2. n.880. in f. ubi notat, hodierno jure ex injusto homicidio homicidam reddi infamem, & ideò homicidam fratris Domini amittere feudum.

Cæterum in eo differt violatio sororis à violatione filiae, neptis ex filio, aut nurûs ipsius Domini, quòd in his simpliciter & indistinctè ingratitude erga Dominum committi censeatur, siue illæ in domo Domini habitent, siue extra illam. Econtra ut ob concubitum cum sorore Domini feudum amittatur, varii varia requirunt. Sunt, qui cum *Sonsbeck* conjunctim exigant, ut soror cum fratre suo in eadem domo habitet, & ut adhuc innupta sit : adeoque si vel habitet extra domum fratris, vel saltem vidua sit, feudum per violationem non amitti existimant. Rosen- 21
thall d. conclus. 27. n.34. cum *Alvarot. Zas. Schenck &c.* sufficere putat, si in domo fratris habitet, non attentâ distinctione, utrùm nupta, an innupta sit. Fundamentum prioris sententiæ consistit in d. l. f. 5. princ. vers. item si fidelis. ubi dicitur, *hac ita obtinent, si in domo Domini maneat.* & in d. 2. f.24. §.2. vers. rursus. ubi habetur, *sorori in domo adhuc manenti, NB. quæ in capillo dicitur.* hoc est, quæ necdum nupta est : nuptæ enim capite velato erant, innuptæ autem comatæ, sine ullo capitis tegmine incedebant, prout etiam-

num certis temporibus apud nos incedere solent. Posterior sententia itidem se fundat in cit. textibus, particulas autem, *quæ in capillo dicitur*, non accipit taxativè, sed solummodò demonstrativè, quatenus casum frequentiore, quo innupta magis, quàm nupta, in domo Domini manere solet, designent.

- 22 Neutri harum opinionum adstipulantur. *Vult. d. cap. 11. n. 63. Haunold d. §. 2. n. 879. Schambog. d. tit. 22. n. 14. Luduvell d. c. 16. pag. 336.* existimantes, sufficere, quòd soror innupta sit, quam proinde si vasallus stupraverit, sive habitantem, sive non habitantem cum fratre suo, feudum amittit. Quòd si autem vasallus eandem nuptam compresserit, esto in ædibus sui fratris habitantem, feudo non excidit. Probatur hæc sententia: nullibi requiritur ad privationem feudi, ut delictum commissum sit in sorore, quæ habitat in domo fratris, benè verò, ut sit in familiâ Domini: ergo tam contra priorem, quàm posteriorem sententiam sufficit, si soror Domini directi sit innupta. Antecedens constat duabus partibus. Quoad primam probatur per textus in *d. 1. f. 5. Et d. 2. f. 24. §. 2.* ubi nulla fit mentio habitationis in domo, sed saltem mansionis: ergo profusi sunt, qui sine expresse textu ad privationem feudi requirunt delictum commissum in sorore, quæ habitet in domo fratris. Quoad alteram partem probatur antecedens per textum in *d. 2. f. 24. §. 2. vers. rursus.* ibi. *quæ in capillo dicitur.* quibus verbis Obertus de Orto mansionem in domo exponere, ac studiosè cavere voluit, nè cum patronis priorum sententiarum domum erroneè ædium contignatione, aut mansionem habitatione, quæ omnia facti sunt, sed domum familiâ, & mansionem negatione nuptiarum, quæ juris sunt, jure ritèque interpretaremur. Ergo ad privationem feudi sufficit delictum commissum in sorore, quæ sit in familiâ Domini. Confirmatur: per constuprationem sororis nuptæ

nuptæ non tam inuritur macula familiæ, in quâ soror nata est, seu Domini, quàm ei, in quam per nuptias transfertur, prout *z. 18. de nepte ex filiâ dictum est.* Cum igitur hic potissimum attendatur injuria, quæ Domino à vasallo inferitur, consequens est, sororem in familiâ esse, nihil aliud esse, quàm manere innuptam. Ex quibus suâ spontè corrumpunt fundamenta reliquarum opinionum. Sed

Objicies : vasallus, violans Domini filiam, esto al- 23
teri nuptam, & per nuptias in alienam familiam translata, feudum nihilominus amittit : ergo respectus translationis in alienam familiam malè adducitur in confirmationem nostræ sententiæ. R. neg. consequentiam. Ratio est, quia major ascendentes inter & descendentes solet esse affectio, quàm inter collaterales : unde etiam injuria, in descendantibus illata, major videtur, quàm illata in collateralibus. Accedit, quòd filia, licet nupta, de jure civili Romano tamen adhuc maneat in potestate patris. *l. 1. §. 1. ff. de agnoscendis & alendis liberis. l. 18. §. 2. ff. de injuriis. l. 5. Cod. de condit. insertis.* soror autem in potestate fratris nunquam fuit ; apud quam proinde attendendum, an saltem sit in familiâ Domini directi, fratris sui.

Quæritur V. Quid dicendum de sorore Dominæ, 24
an, si vasallus cum eâ concubuerit, feudi jacturam faciat ?

R. facere, si Domina innupta, secus, si conjunx fuerit. *Bocerus d. class. 5. disp. 20. th. 50.* Ratio est, quia soror in posteriore casu non amplius est in eadem domo seu familiâ cum ipsâ Dominâ, cum hæc mediantibus nuptiis in familiam mariti transiverit. Confirmatio peti potest ex *d. 1. f. 5. princ. vers. item si fidelis.* ex quo textu patet, quòd, si vasallus cum nepte ex filiâ Dominæ concumbat, feudo non privetur, non aliâ de causâ, quàm quòd neptis illa non sit in domo seu familiâ Dominæ : ergo neque privandus erit feudo, si vasallus cum sorore Dominæ conjugis concumbat, cum

illa quoad respectum familiæ à nepte ex filia Dominæ nihil distet.

25 Quæritur VI. De matre Domini, si eam vasallus cognoverit, an feudo suo multetur? R. cum communi affirmativè. Prob. I. quælibet gravis & inhonesta injuria, Domino illata, sufficit ad privationem feudi. 2.f.24. §2. *vers. porro*. atqui per violationem matris gravis injuria infertur Domino, ergo &c. Prob. II. per textum in 2.f.7. *inf.* ubi vasallus juratò promittit, se nunquàm scienter aliquid facturum, quod pertineat ad Domini, vel suorum injuriam & contumeliam; cui juramento utique contravenit, dum matrem Domini cognoscit. Prob. III. dignitas filii redundat in matrem, per *nov. 105. cap. 2. in princ. Et l. ult. §. ult. Cod. de privilegiis Scholarum*. ergo violatâ matre videtur læsa dignitas ipsius Domini. Atque sententiæ huic applaudunt *Vult. d. c. 11. n. 64. Luduvell d. cap. 16. pag. 338. Haunold d. controuv. 14. §. 1. n. 864. Schambog. d. tit. 22. n. 16. Bocerus d. disp. 20. th. 53. Rosenthal d. conclus. 27. n. 25.* ubi idem cum tantâ generalitate sentit, ut nihil interesse existimet, sitne mater Domini vidua, an patri Domini, veletiam alteri cuidam nupta.

26 Quæritur VII. An vasallus feudum amittat, si Dominæ suæ, à quâ feudum possidet, pedissequam stupraverit? Dixeris cum *Bocero d. disp. 20. n. 59.* quòd sic. Tum quia pedissequæ habentur honestatis causâ: vasallus autem contra honestatem Domini vel Dominæ nihil agere potest. 2.f.6. tum quia vasallus vi juramenti etiam abstinere tenetur ab injuriâ eorum, qui affectui Domini sunt suppositi. 2.f.7. tum quia de jure communi injuriam infert Dominæ, qui ejus pedissequam affectatur, vel pudicitiam illius attentat. *l. 15. §. 19. 20. Et 23. ff. de injuriis.* tum denique quia vasallus non minùs injuriâ onerat Dominam, si pedissequam ejus stupret, quàm si stuprum inferat filiæ ejus: at-
qui

qui propter hoc amittit feudum ; ergo & propter illud, cum omnes causæ amittendi feudum certâ lege collectæ non sint, sed vasallus feudo suo privari possit etiam ob alias causas similes his, quæ nominatim in consuetudinibus feudorum sunt expressæ. 2.f.24. §.2. *vers. sed quia.*

Contrarium tamen verius videtur ; ita *Rosenthal* 27. d. concl. 27. n. 41. *Luduvell* d. c. 16. pag. 338. *Curt. jun. d. p. 4. n. 22.* Ratio peremptoria est, quia deficit textus, neque etiam par ratio est pedissequæ, & aliarum personarum supra enumeratarum.

Rationes dubitandi quod attinet, probant illæ quidem, talem stupratorem injuriarum teneri, & perjurum fieri ; eundem autem propter stuprum feudo excidere, non evincunt, cum solum perjurium ad feudi privationem non sufficiat. d. 2.f.24. §.2. *vers. nam &c.* ibi : *nam & sæpè peierat, & beneficium nihilominus retinet &c.* Neque etiam quælibet inhonestas periculum amittendi feudum facit, sed requiritur, ut inhonestas commissa sit in personas prohibitas, & in quibus eadem, vel major militet ratio, quàm quæ in d. 2.f.24. §.2. fuerunt recensitæ. Confer *Vult. d. cap. 11. num. 77.*

Quæritur VIII. Utrum quod *supra* n. 1. & *seqq.* de 29 conatu, exercitio concumbendi, & turpi lusu dictum est, ad solam uxorem pertineat, an verò etiam ad filiam, neptem ex filio, nurum, sororem Domini &c. extendi debeat, ita ut vasallus feudum amittat, si cum his turpiter luserit, aut se solummodò exercuerit, cum his concumbere ? Prius 30 affirmant *Schenck Baro, & Sonsbeck* apud *Vult. d. c. 11. n. 65.* eò quòd in 1.f.5. *princ. vers. item si fidelis.* circa filiam, neptem ex filio, nurum, & sororem, solius concubitûs, non conatus aut attentationis mentio fiat. Posterius placet *Hauoldo* d. contr. 14. §.2. n. 878. *Vult. cit. loc. Luduvell* d. c. 16. pag. 340. *Curt. jun. d. p. 4. n. 25. Bocero* d. disp. 20. th. 46.

Tertia sententia cum *Rosenthal d. cap. 10. conclus. 28. n. 13.* filiam, neptem ex filio, & nurum separat à matre & sorore, ac in illis quidem idem juris statuit, quod in uxore, in his autem expletam requirit libidinem.

31 Apud Nos secunda primas obtinet. Probatur I. ex 2. f. 6. & 7. ubi habetur tenor juramenti fidelitatis, debetque vassallus promittere, quòd nihil moliri velit tendens ad injuriam & contumeliam Domini, aut suorum : atqui sceleratæ attentationes tendunt ad contumeliam personarum, quæ potestati Domini sunt subjectæ, aut aliàs relationem ad eundem dicunt ; ergo &c. Prob. II. ex 1. f. 5. in princ. vers. item si fidelis. ubi, antequàm de filiâ, nepte ex filio, nuru, & sorore Domini sermo fit, expressè agitur de conatu, exercitio concumbendi, & turpi lusu. Unde tale necesse potest argumentum : clausula præcedens rectè assumitur ad communionem sequentium, si iisdem congruere videatur, seu præcedentia deserviunt ad interpretationem subsequen-
tium. l. 77. §. 22. ff. de legat. 2. l. 95. ff. de legat. 3. l. 27. princ. ff. quando dies legatorum &c. atqui conatus, exercitium concumbendi, & turpis lusus, præcedunt filiam, neptem ex filio, nurum, & sororem Domini, videturque ob textus in d. 2. f. 6. & 7. congruere, ut etiam in his personis admissa, privatione feudi multentur ; ergo &c. Prob. III. lex, duo subjecta determinabilia sub unâ determinatione comprehendens, utrumque æqualiter determinat, si hoc commodè fieri possit. arg. l. 4. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. 4. Cod. de impuberibus & aliis substitutionibus. atqui lex feudal-
lis in d. 1. f. 5. princ. vers. item si fidelis. comprehendit duo sub-
jecta determinabilia, quorum unum uxor Domini, alterum filia, neptis ex filio, nurus, & soror Domini ; potestque respectu utriusque æqualis determinatio commodè fieri. arg. d. 2. f. 7. ergo utrumque æqualiter determinat. Subsumitur : sed circa uxorem Domini ita determinat, ut non
tan-

tantum concubitus, sed etiam conatus, exercitium concumbendi, & turpis lusus amissionem feudi inducat: ergo etiam circa filiam, neptem ex filio, nurum, & sororem Domini ita determinat, ut non tantum concubitus, sed etiam conatus, exercitium concumbendi, & turpis lusus amissionem feudi inducat.

Quæritur IX. Utrum vasallus, qui posteaquam se 32 exercuit, ut concumberet cum uxore, filiâ, nepte ex filio, nuru, sorore Domini &c. ab incæpto destitit, nec actum perfecit, nihilominus feudum amittat? R. distinguendo: vel vasallus exercuit concubitum solummodò in animo, ita ut ad actum externum non pervenerit, vel actui interno sociavit externum. Priore casu feudum non amittit, si poenitentia ductus ad actum externum non processit. Tum quia textus in *1. f. 5. princ. vers. item si fidelis.* ubi de exercitio concubitûs mentio fit, non nisi de exercitio sensibili intelligendus est: in jure enim cogitationis poenam nemo patitur. *l. 18. ff. de pœnis.* tum quia in *2. f. 51. §. 2.* expressè dicitur, quòd si vasallus tantum voluerit, non autem laboraverit offendere Dominum, feudum non amittat. Posteriore casu feudum amittit, siue sua spontè à conamine improbo destiterit, siue impedimento aliquo interveniente à concubitu abstinerit, cum hîc delictum, quantum ad privationem feudi, jam fuerit perfectum. *d. 1. f. 5. & vasallus non tantum voluerit, sed etiam satis laboraverit, Dominum offendere. d. 2. f. 51. §. 2.* ita ut rectè huc trahatur, quod in *l. 17. §. 1. ff. de adilitio edicto. l. 65. ff. de furtis. & l. 5. ff. de vi bonorum raptorum.* dicitur, nimirum, neminem post delictum commissum poenitentia suâ desinere nocentem esse. In exemplo res fiet clarior. Mæchatus es uxorem Domini in corde tuo, sed in corde tantum: gravitatem sceleris ponderans egisti poenitentiam. Amittisne feudum? non amittis. Econtra verbis, literis, munusculis uxorem Do-

mini sollicitasti, ingressus es cubile ejus, posuisti vestimenta, torum conscendisti. Sed ob poenitentiam, quâ ductus es, aut quia Dominus, vel alius supervenit, destitisti à coepto, vel ebrietate aut impedimento alio districtus non completisti scelus. Amittisne feudum? amittis. Equidem aliàs nudus conatus ad poenam ordinariam adulterii non sufficit, esto etiam ad actum proximum processerit, prout contra *Ant. Matthæum de crim. tit. de adult. c. 2. n. 10.* post plures Authores à se adductos defendit *Bened. Carpzov. part. 2. pract. crim. q. 61. n. 2. & seqq.* At verò impræsentiarum oportet aliter discurrere, quia juxta dicta *n. 2. & 3.* poena amissionis feudi locum habet, licet adulterium consummatum non fuerit. Confer *Bocerum d. disp. 20. tb. 47. & seq. Curt. jun. d. p. 4. n. 25. Luduvell d. c. 16. pag. 340. Pottium de poenâ conatûs. cap. 16. §. 11. & seq. Nos quæst. immediate præced. n. 4. & ad lib. 4. Instit. tit. 1. part. 1. §. 9. num. 43. & 2. seqq.*

33 Quæritur X. Utrùm propter concubitum &c. cum præfatis personis habitum vasallus feudo excidat, si illæ spontè consenserint? R. affirmativè, cum *Haunold. d. §. 2. n. 880.* ubi dicit, esse communem. *Rosenthal d. concl. 27. n. 46. Schambog. d. tit. 22. n. ult. Luduvell d. cap. 16. pag. 341. Vult. d. cap. 11. n. 66.* quamvis enim scienti & consentienti neque injuria inferatur, neque dolus. *c. 27. de R. J. in 6.* & ideo, si quis volentem corruperit, eandem nec ducere, nec dotare teneatur, per *cap. 1. de adulteriis. Haunold. tom. 6. de J. & J. tr. 2. cap. 2. n. 582.* quia tamen per talem consensum non impeditur injuria quoad Dominum, per *l. 1. §. 5. ff. de injuriis.* hinc vasallum jure feudo privat, quemadmodum pater puellæ injuriarum agere potest, licet illa nullam injuriam passa sit. *Haunold d. loc. n. 585. inf.*

34 Quæritur XI. An Dominus vasallum feudo privare possit, si vasallus carnaliter cognoscat Domini uxorem, filiam

liam &c. quæ pudicitia, famæque prodiga, sine delectu, more meretricio se prostituit, ac palam corpore suo turpem quæstum facit ? Affirmant *Rosenthal d. concl. 27. n. 47.*

Curt. jun. d. p. 4. n. 23. Vult. d. cap. 11. n. 67. Schambogen ubi supra. Fundamenta, quibus nituntur, sunt ferè sequentia.

I. ubi textus non distinguit, ibi nec jurista debet distinguere.

Atqui textus in *l. f. s. princ. vers. item si fidelis. & l. f. 21. circa f.* non distinguunt, cum uxore &c. honestè vivente, an vitam luxuriosam ducente, vasallus concumbat ? ergo &c.

II. Propter adulterium cum uxore Domini commissum vasallus feudo privatur, *dictis textibus* : atqui etiam cum uxore, meretricio more vivente, committitur adulterium, tum propter textum in *l. 41. pr. ff. de ritu nupt.* ubi dicitur, quòd etiam in eâ uxore alienâ probum intelligatur, quæ turpiter vivit, & vulgò quæstum facit. Tum propter *l. 13. §. 2. ff. ad l. Jul. de adult.* ibi : *& in eâ uxore potest maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit.* Tum quia maritus in uxore etiam meretrice vulgari haud vulgariter offenditur, cum ipsius decus conjugale expugnetur. Tum denique

quia Domino quoque injuria fit, cum quis servo ipsius turpium infert. *l. 25. ff. de injuriis.* ergo &c.

III. Vasallus jurat, se nunquam scienter aliquid facturum, quod cedat in contumeliam Domini, vel suorum. *2. f. 7. in fine princ.* at contra hoc juramentum agit vasallus, dum carnaliter cognoscit uxorem, filiam &c. Domini, more meretricio se prostituentes ; neque excusandus est, quòd ideò offendant, quia alii offenderunt : cum propter beneficium, quod accepit à Domino, ejusdem honorem specialiter defendere teneatur, ergo &c. Accedit, quòd multiplicare inconveniens, non sit tollere inconveniens ; & minorem dolorem causent injuriæ ab extraneis illatæ, gravius autem plerumque afficiant tormenta, quæ ab illis patimur, de quorum mentibus

præsumebamus benè. Ad rem conqueritur *Psalmes regius psalm. 40. v. 10. & psalm. 54. vers. 13. ac seqq.* quoniam si inimicus meus maledixisset mihi, sustinuissem utique. At verò homo unanimis, pacis meæ, notus meus, in quo speravi, magnificavit super me supplantationem. Adde *Rosenthal. d. n. 47.* ubi ait, non esse nocentiorē pestem, quàm familiarem inimicum, & fictum amicum, nec odium gravius simulato amore.

35 Contra hanc communem sententiam insurgit *Henricus Bocerius d. disp. 20. th. 55.* ac negativam duobus argumentis propugnari posse autumat. Primum est, quòd in meretrice neque adulterii, neque stupri crimen committatur. *l. 22 l. 29. Cod. ad h. Jul. de adult.* in quarum priore Imperatores Diocletianus & Maximianus ita inquiunt: *sic ea, quæ stupro tibi cognita est, & passim venalem formam exhibuit, ac prostitutam meretricio more vulgo se præbuit, adulterii crimen in eâ cessat.* In posteriore autem Imperator Constantinus ab illis saltem fæminis, quæ juris nexibus detinentur, & matrisfamilias nomen obtinent, pudicitiae rationem requirit: eas verò, quas vitæ utilitas legum observatione dignas non credidit, à severitate judiciariâ jubet esse immunes. Quare in eadem lege separat Dominam cauponæ à famulâ seu fæminâ, quæ ministerium præbet potatoribus, Dominam vinculis juris rescribit contineri, famulam non etiam. Alterum argumentum *Boceri* consistit in eo, quòd nemini injuriam inferat, qui cum meretrice veneream conjunctionem habet, cùm id contumeliæ causâ non faciat.

36 Sed neque unum, neque alterum argumentum meretur assensum. Non prius, quia est communis Doctorum opinio, consuetudine, & hodiernâ praxi firmata, adulterii crimen nequaquàm cessare ex eo, quòd cognita mulier sit

fit meretrix, prout secundo loco probatum dedimus, & post alios sustinet *Carpzovius d. p. 2. q. 57. n. 17.* Neque obstat textus in *cit. l. 22. Cod. ad leg. Jul. de adult.* ut qui, si rectè inspiciatur, de poenâ adulterii loquitur, non de adulterio ipso; vel certè de ipso adulterio respectu effectûs & poenæ, juxta bonam explicationem *Carpzovii d. loc. n. 19.*

Similiter non refragatur textus in *cit. l. 29. Cod. d. tit. ut in* cujus principio statim dicitur, quòd cum personis, de quibus ibi agitur, adulterium committatur, poena autem ordinaria locum non habeat, cum personæ viles à severitate judiciariâ immunes sint, & legum observatione indignæ. Confer *Carpzov. d. p. 2. q. 75. n. 52. Haunold d. cap. 2. n. 604.*

Argumento posteriori satis occurritur per tertium fundamentum sententiæ *supra n. 34.* à nobis probatæ.

Planè si vasallus per ignorantiam aut errorem, ali- 37
quam ex præmemoratis personis vitia verit, puta, personatâ aut meretriciâ veste indutam, vel quòd uxorem Domini, in lecto suo cubantem inveniens, crediderit propriam, ratio juris suadet, ipsum excusandum esse. *Vult. d. cap. 11. n. 68. Luduvell d. c. 16. pag. m. 341. Curt. jun. d. p. 4. n. 20.* esto enim in his, quæ per se mala & illicita sunt, necesse non sit, delinquentem scire, quæ & qualis poena delicto sit præstituta (quod etiam ad ignorantiam poenæ amissionis feudi rectè extendit *Vultejus cit. loco*) ignorantia tamen qualitatis, quæ præter jus commune delictum aggravat à poenâ, propter illam qualitatem statutâ, delinquentem excusat, per *c. 4. de sent. excommunicat.* ubi dicitur, quòd percutiens clericum, qui nutrit comam, non debeat propterea ire Romam, neque excommunicatione notari, si esse clericum ignoraverit. Concordant textus in *2. f. 7. pr. ibi: scienter &c. & l. 15. §. 15. ff. de injuriis.* Confer *Manz. tr. de testam. valido &c. tit. 10. q. 6. n. 25.*

83

Pari modo legitimè excusatur vasallus, si sciente & volente Domino supradictas fæminas compresserit. *Vult. & Luduvell ubi supra. Curt. jun. d. p. 4. n. 29. inf. Rosenthal d. concl. 27. n. 48* volenti enim non fit injuria. *l. 1. §. 5. in f. ff. d. tit. & nemo videtur fraudare eos, qui sciunt, & consentiunt. l. 145. ff. de R. J.*

**Omnia ad majorem DEI, & beatissimæ
MARIAE Virginis sine labe originali conceptæ
gloriam, & honorem.**





Ex potioribus erratis menda sic emenda.

Pag.	Lin.	pro	lege.
15.	23.	Judicium.	Judicium.
22.	22.	ventiliari.	ventilari.
39.	29.	ultima.	ultimæ.
40.	15.	ultima.	ultimæ.
42.	7.	immemorali.	immemoriali.
42.	pen.	obs. 26.	obs. 126.
44.	30.	juribus.	viribus.
65.	pen.	Regum.	Regem.
71.	15.	territorum.	territorium.
71.	16.	suis.	sui.
75.	8.	alios.	alias.
80.	7.	diseruit.	deseruit.
80.	18.	l. 88.	l. 78.
81.	13.	in	sint.
86.	3.	extendendis.	extendentis.
90.	7.	eo eo.	ex eo.
93.	ult.	par.	pars.
95.	31.	primo repudianti.	succumbenti.
99.	9.	ejus.	jus.
108.	28.	junctio.	junctos.
111.	14.	concludi.	includi.
112.	8.	&	et.
121.	6.	legati.	legatarii.
123.	26.	mulieri.	muliere.
126.	6.	resilere.	resilire.
142.	7.	pro.	quo.
154.	23. & 24.	creditore.	debitore.
156.	30.	secundam.	secundum.

Pag.	Lin.	pro	lege
157.	11.	ff.	Cod.
168.	20.	Cod. ff.	Cod.
176.	12.	excepta.	excepta.
186.	25.	cam.	cum.
218.	3.	actus.	actu.
232.	5.	noceat.	nocet.
234.	1.	ficta non	vera.
260.	11.	parent.	parenti.
268.	29.	impsum.	impium.
271.	11.	de	d.
313.	3.	minorem	maorem.
338.	20.	utilitas.	vilitas.

Reliqua errata Benevolus Lector ipse corriget.





Franz, Joseph Bonaventura,

Iurisprudentia Quintuplex, Seu Quaestiones Selectae Ex Jure Canonico,
Publico, Civili, Criminali, Feudali

Salisburgum [1709]

2 Diss. 166

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10632355-1

VD18 14952858-001